

Sentencia T-008/22

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN PROCESO DE REPETICIÓN POR RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-Defecto fáctico y sustantivo en el análisis del dolo exigido en el agente del Estado según el artículo 90 Constitución Política

(...) la parte actora del proceso de repetición sí desvirtuó el dolo, toda vez que reseñó que obró de acuerdo con la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado para el año 2008 y que esa circunstancia sí fue advertida desde la misma defensa en el proceso de repetición y era concordante con el texto mismo de la resolución, como lo alegó la parte accionante en el escrito de tutela.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

RELEVANCIA CONSTITUCIONAL-Finalidad

(i) preservar la competencia y la independencia de los jueces de las jurisdicciones diferentes a la constitucional y, por tanto, evitar que la acción de tutela se utilice para discutir asuntos de mera legalidad; (ii) restringir el ejercicio de la acción de tutela a cuestiones de relevancia constitucional que afecten los derechos fundamentales y, finalmente, (iii) impedir que la acción de tutela se convierta en una instancia o recurso adicional para controvertir las decisiones de los jueces.

DEFECTO FACTICO-Configuración/JUEZ-Función directiva para decretar pruebas en forma oficiosa y redistribuir cargas probatorias entre sujetos procesales

DEFECTO FACTICO-Fundamentos y marco de intervención que compete al juez de tutela/DEFECTO FACTICO-Dimensión negativa y positiva

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE AGENTES DEL ESTADO Y ACCION DE REPETICION EN LOS TERMINOS DEL ARTICULO 90 DE LA CONSTITUCION POLITICA

La responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado consagrada en la Constitución Política es (i) Subsidiaria, dado que su procedencia se restringe a los eventos en los que la administración sea efectivamente condenada a pagar una indemnización por el daño antijurídico; (ii) Subjetiva, porque la viabilidad de la acción de repetición depende de la demostración de que el daño que debió indemnizar el Estado fue causado con dolo o culpa grave por parte de uno de sus funcionarios, y se requiere que ante la autoridad competente se acredite que la conducta que derivó en el menoscabo patrimonial obedeció precisamente a ese supuesto de conducta; y, (iii) Sujeta a criterios de proporcionalidad, en tanto que la transferencia al agente del Estado del valor de la indemnización por el daño que debió ser asumido por la administración debe fundarse en que la entidad condenada efectivamente haya pagado la suma de dinero fijada por el juez contencioso en la sentencia de condena.

#### ACCION DE REPETICION-Procedencia

(...) la procedencia de la acción de repetición se encuentra supeditada a: “(i) que la entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contencioso administrativa a reparar los daños antijurídicos que con su acción u omisión ha causado a un particular; (ii) que se encuentre claramente establecido que el daño antijurídico se produjo como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o exfuncionario público; y (iii) que la entidad condenada efectivamente haya pagado la suma de dinero fijada por el juez contencioso en la sentencia de condena”.

#### PRESUPUESTOS DE LA PRETENSION DE REGRESO O ACCION DE REPETICION POR RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-Jurisprudencia del Consejo de Estado

#### PRESUNCION DE DOLO Y CULPA-Condiciones que debe reunir para que sea admisible

(...), la Corte ha señalado las condiciones que debe reunir una presunción de dolo o de culpa para ser constitucionalmente admisible, a saber: (i) No puede tratarse de una presunción de responsabilidad. La responsabilidad es el resultado de la conjunción de varios elementos, uno de los cuales puede ser la culpabilidad; las presunciones de dolo y culpa sólo se predicán del elemento culpabilidad. Para que opere la presunción, es necesario que el hecho base se encuentre debidamente probado. (ii) Deben ser verdaderas presunciones, no ficciones. Por consiguiente, las presunciones de dolo y culpa tienen que ser construidas a partir de la experiencia y de un razonamiento lógico. (iii) Debe tratarse de medidas razonables y

proporcionadas, al proteger intereses superiores, cuya tutela, mediante la presunción de dolo o culpa, no resulte desequilibrada frente a la afectación que engendra de la presunción de inocencia. El carácter iuris tantum de las presunciones juega en favor de su proporcionalidad.

ACCION DE REPETICION O LLAMAMIENTO EN GARANTIA-Conducta dolosa o gravemente culposa

(...), la procedencia de la acción de repetición se sujeta a la efectiva demostración por parte de la entidad demandante de la conducta del agente frente a los supuestos de hecho de las presunciones del dolo o culpa grave, sin perjuicio de tener en cuenta que “las presunciones contempladas en los numerales 5 y 6 de la ley 678 no son las únicas de las cuales pueden deducirse las conductas dolosas o culposas de los agentes estatales las hipótesis de la Ley 678”.

ACCION DE REPETICION-No se está en presencia de responsabilidad objetiva

(...) se considera un error concebir la acción de repetición como una pretensión ejecutiva de la condena impuesta al Estado, pues ello implicaría entender dicha figura bajo la óptica de la responsabilidad objetiva, cuando la responsabilidad patrimonial del servidor público es de carácter subjetivo, en la medida en que, -bueno es reiterarlo- la condena depende del análisis de su conducta frente a los supuestos de hecho de los que se derivan las presunciones legales.

ACCIÓN DE REPETICIÓN O LLAMAMIENTO EN GARANTÍA CON FINES DE REPETICIÓN POR RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-Deberes y obligaciones del juez contencioso administrativo

(...), frente a una acción de repetición el operador jurídico debe ser sobradamente cuidadoso en el análisis de los argumentos expuestos por la parte demandante en su escrito de acusación, así como de los alegados por la parte demandada, pero además, debe tener en cuenta los elementos de juicio obrantes en la actuación procesal, toda vez que los mismos, pueden ser concluyentes para descartar o no que la actuación que originó el daño se realizó

con dolo o culpa grave.

MOTIVACION DE ACTOS DE DESVINCULACION DE FUNCIONARIOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA-Jurisprudencia del Consejo de Estado

MOTIVACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DECLARAN LA INSUBSISTENCIA DE LOS NOMBRAMIENTOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA-Posición jurisprudencial de la Corte Constitucional

Expediente: T-8.070.236

Asunto: Acción de tutela interpuesta por Juan Pablo Díazgranados Pinedo contra el Tribunal Administrativo del Magdalena.

Magistrado Ponente:

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Bogotá D.C., veinte (20) de enero de dos mil veintidós (2022)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos emitidos en primera instancia el 15 de octubre de 2020, por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; y, en segunda instancia el 10 de noviembre de 2020, por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera -Subsección B, dentro de la acción de tutela<sup>1</sup> presentada por el señor Juan Pablo Díazgranados Pinedo,<sup>2</sup> por intermedio de apoderado, en contra del Tribunal Administrativo del Magdalena.

I.- ANTECEDENTES

## Actos y providencias acreditadas en el proceso

1. Declaratoria de insubsistencia. El alcalde Distrital de Santa Marta, Juan Pablo Díazgranados Pinedo, mediante Resolución No. 845 de 10 de junio de 2008,<sup>6</sup> declaró insubsistente el nombramiento de la señora Cenira del Carmen Bolaños Mier, quien había sido vinculada provisionalmente desde el año 2003, en el cargo de Inspectora de Policía, Código 334 Grado 14 de Inspecciones adscritas a la Secretaría del Interior del Distrito de Santa Marta<sup>7</sup>. Dicha resolución no se motivó.

1. Con ocasión de una tutela interpuesta por la señora Bolaños Mier en contra del Distrito de Santa Marta, ante el Juzgado Segundo Civil Municipal, con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, a la honra, al buen nombre y al mínimo vital,<sup>8</sup> la administración distrital procedió a expedir la Resolución No. 1121 de 29 de agosto de 2008, por la cual motivó las razones de la declaratoria de insubsistencia así: (i) se amparó en las facultades discrecionales que tiene el alcalde; (ii) el nombramiento provisional tiene un carácter eminentemente temporal y precario por ser un funcionario de libre remoción, citó la Ley 909 de 2004,<sup>9</sup> Decreto 1950 de 1973<sup>10</sup> reglamentario del Decreto 2400 de 1973 y el Decreto 1572 de 1998;<sup>11</sup> (iii) como alcalde municipal requería garantizar la entera confianza de sus colaboradores y un mismo enfoque de la gestión administrativa para los fines misionales.

1. Demanda de nulidad y restablecimiento del derecho. La señora Cenira del Carmen Bolaños Mier promovió demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta,<sup>12</sup> en la que solicitó decretar la nulidad de la Resolución No. 1121 de 2008 suscrita por el alcalde distrital, ordenar el reintegro al cargo que ejercía al momento de la desvinculación, y el pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir.

1. Sentencia que anuló el acto de insubsistencia y ordenó el reintegro. Mediante sentencia del 12 de diciembre de 2011, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Santa Marta declaró la nulidad de la Resolución No. 1121 de 2008. En consecuencia, ordenó el reintegro de la demandante y, a título de restablecimiento del derecho, el pago en su favor de la suma de dinero correspondiente a los salarios dejados de percibir calculados con la fórmula de actualización prevista en la sentencia.<sup>13</sup> En segunda instancia, el Tribunal Administrativo del Magdalena, con sentencia del 14 de noviembre de 2012, <sup>14</sup> confirmó el fallo de primera instancia.

1. Cumplimiento del fallo. La Alcaldía Distrital de Santa Marta, en cumplimiento del fallo judicial, mediante Resolución No. 0073 de 2014 reconoció, liquidó y ordenó el pago a favor de Cenira del Carmen Bolaños Mier, por valor de \$229'582.037. Los dineros fueron girados en el año 2014, mediante 11 órdenes de pago allegadas con la demanda, cuya entrega, a través de la cuenta en el Banco Caja Social de la apoderada de la demandante, fue acreditada en segunda instancia dentro del proceso de repetición, en virtud de la prueba de oficio decretada por el Tribunal Administrativo del Magdalena.

1. Demanda de repetición. Con apoyo en los artículos 5 de la Ley 678 de 2001<sup>15</sup> y 142 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA),<sup>16</sup> la Alcaldía Distrital de Santa Marta radicó demanda de repetición en contra de Juan Pablo Diazgranados Pinedo, exalcalde de dicha ciudad, con la pretensión de declararlo responsable de los perjuicios generados al Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, en relación con la condena impuesta por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Santa Marta, el 12 de diciembre de 2011, confirmada mediante fallo del 14 de noviembre de 2012 del Tribunal Administrativo del Magdalena.<sup>17</sup> La demanda de repetición fue presentada el 24 de febrero de 2016, admitida el 11 de marzo de la misma anualidad. El demandado contestó la demanda el 27 de junio de 2016 y presentó alegatos de conclusión el 22 de noviembre de 2016.

1. Fallo de primera instancia en el proceso de repetición. El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Santa Marta, en sentencia de primera instancia del 31 de marzo de 2017<sup>18</sup> negó las pretensiones de la demanda.<sup>19</sup> El fallo fue apelado por la Alcaldía Distrital de Santa Marta.

1. Fallo de segunda instancia (condena). La apelación la conoció en segunda instancia el Tribunal Administrativo del Magdalena. Por auto del 19 de septiembre de 2018 decretó pruebas de oficio -siguiendo la sugerencia contenida en el concepto de la Procuraduría General de la Nación-, con el propósito de verificar el pago de la condena a la señora Bolaños Mier. El 21 de agosto de 2019 emitió fallo y revocó la sentencia de primera instancia, declaró patrimonialmente responsable a Juan Pablo Díazgranados Pinedo, a título de dolo por la condena impuesta a la Alcaldía Distrital de Santa Marta en el año 2012, y ordenó reintegrarle al distrito la suma de \$45'916.407,40, correspondiente al 20% de la condena pagada a la señora Bolaños Mier.<sup>20</sup>

#### Demanda de tutela

1. Juan Pablo Díazgranados Pinedo, por intermedio de apoderado judicial, el 6 de julio de 2020 presentó acción de tutela<sup>21</sup> en contra del Tribunal Administrativo del Magdalena, por considerar que el fallo de segunda instancia del 21 de agosto de 2019<sup>22</sup> proferido dentro del proceso de repetición vulneró su derecho al debido proceso y, en consecuencia, los derechos fundamentales a la igualdad, buena fe y seguridad jurídica. Expuso que el fallo acusado incurrió en defecto sustantivo, fáctico y procedimental.

1. Señaló que incurrió en defecto sustantivo por aplicación errónea de la normativa sobre presunción de dolo, conforme lo dispone el artículo 5, numeral 3º de la Ley 678 de 2001, pues ésta no releva al demandante ni al juez de examinar la prueba acerca del dolo, en forma autónoma. Aseguró que se vulneró el debido proceso porque el supuesto dolo se dedujo por la sola existencia del fallo condenatorio al Distrito de Santa Marta que se produjo

bajo la causal de nulidad de “falsa motivación” sin añadir argumento adicional sobre la conducta dolosa del agente, que debió ser demostrada.<sup>23</sup>

1. Expuso que el Consejo de Estado<sup>24</sup> ha considerado que la sola existencia de la presunción legal enmarcada en el fallo condenatorio no constituye una imputación automática de culpabilidad en cabeza del agente contra el cual se dirige la repetición. Indicó que conforme lo ha señalado la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, los argumentos sobre la conducta del agente estatal que motivan la condena en contra de la entidad no sirven de prueba para determinar su propia responsabilidad durante la acción de repetición.<sup>25</sup>

1. Reprochó que en la demanda de repetición formulada por el Distrito de Santa Marta, la parte demandante se limitó a aducir la sola existencia de la condena patrimonial en contra de dicho ente territorial con base en la causal de “falsa motivación”, para deducir la existencia del dolo del entonces alcalde, sin considerar prueba alguna, teniendo el deber de desplegar la carga argumentativa.<sup>26</sup> Advirtió que tal omisión implicaba para el Tribunal Administrativo el deber procesal de emitir sentencia absolutoria ante la falta de prueba del elemento subjetivo, y no decidir como lo hizo, aduciendo los mismos supuestos que dieron pie a la condena por “falsa motivación” en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.<sup>27</sup>

1. Sostuvo que para efectos de la determinación del dolo en el proceso de repetición, la valoración de la conducta a juzgar, que debe ser autónoma e independiente del proceso declarativo de condena patrimonial que le dio origen, requiere estar enmarcada no sólo en los parámetros y definiciones del Código Civil, sino además, tener en cuenta las características particulares del caso armonizadas con los principios previstos en los artículos 6 y 90 de la Constitución Política y con el plexo específico de las funciones atribuidas al agente público, en el contexto de los hechos.<sup>28</sup> Agregó que el accionado omitió efectuar el análisis explícito, coherente y suficiente en torno a las premisas fácticas y jurídicas.<sup>29</sup>



1. Aseguró que incurrió en defecto fáctico en su dimensión negativa, por cuanto el Tribunal Administrativo del Magdalena omitió valorar la prueba presentada por la defensa para demostrar la ausencia de dolo, cuando en forma expresa en el último párrafo de la página 25 de la sentencia señaló que la defensa presentó argumentos para desvirtuar la presunción, sin embargo, tales argumentos no fueron analizados. Advirtió que la dimensión negativa del defecto surge al negar o valorar la prueba de manera arbitraria irracional o caprichosa.<sup>30</sup>

1. Adujo que el accionando podía descartar clara y objetivamente la existencia de dolo teniendo en cuenta las razones expuestas por la defensa, a saber: (i) la declaratoria de insubsistencia producida en el año 2008 se surtió en una época en la que existía una línea jurisprudencial unificada del Consejo de Estado a partir del año 2003, que permitía declarar insubsistente el personal que ocupaba cargos de carrera en provisionalidad sin la exigencia de motivar el acto, lo cual justificó la carencia de motivación, mientras que las decisiones de condena que se analizan en el fallo acusado se basaron en la nueva doctrina jurisprudencial, según el accionante, establecida a partir del año 2011. Por ello, observó que en forma ex ante al análisis de la conducta, no era admisible, en el marco del debido proceso y el principio de legalidad, aseverar la existencia de una actuación dolosa. (ii) La propia decisión judicial realzó unos hechos que precisamente y con evidente claridad demostraban la ausencia de dolo, se refirió la participación de otros funcionarios de la alcaldía, y en lugar de adscribirles esa consecuencia jurídica, los asumió como atenuantes de la conducta para reducir la condena que se fijó en el 20% del valor pagado.

1. Agregó que el salvamento de voto emitido por una de las Magistradas del Tribunal del Magdalena, en relación con la sentencia del proceso de repetición, puso de presente tales irregularidades insuperables en términos constitucionales, pues destacó que en eventos similares el propio Tribunal ha decidido en forma contraria, situación que implica además del menoscabo al derecho fundamental al debido proceso, la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, la seguridad jurídica, la buena fe y la confianza legítima.

1. Señaló que el Tribunal incurrió en un defecto procedimental derivado de una interpretación manifiestamente errada de la normativa aplicable para el decreto de la prueba de oficio. Afirmó que con la demanda no se acreditó el presupuesto del pago efectivo, por lo que el demandante incumplió la carga procesal, en tanto que la prueba decretada de oficio tuvo como finalidad facilitar que el Distrito de Santa Marta allegara la prueba del pago efectivo que era un presupuesto procesal.

1. Indicó que la jurisprudencia ha determinado los elementos de la acción de repetición, entre ellos se exige la existencia de la condena contra la entidad estatal, el pago efectivamente realizado, la calidad del agente y la calificación de su conducta.<sup>31</sup> De los cuatro requisitos,<sup>32</sup> los tres primeros tienen un carácter objetivo y el cuarto un carácter subjetivo, en tanto que la no acreditación de los dos primeros requisitos, esto es, la imposición de una obligación a cargo de la entidad pública demandante y el pago real o efectivo de la indemnización por parte de esa entidad, tornan improcedente la acción y relevan al juez por completo de realizar un análisis de la responsabilidad que se le imputa al demandado.<sup>33</sup>

1. Sostuvo que la demostración del pago efectivo de la obligación a cargo del Estado, como requisito de procedibilidad de la acción, tiene a su vez una doble condición: (i) como carga procesal y, (ii) como elemento de orden sustancial cuya acreditación condiciona la prosperidad de la acción. Quiere decir que si la entidad pública como parte demandante no cumplió la carga de la prueba, el requisito objetivo de la demostración efectiva del pago a través de la prueba idónea que exigía la jurisprudencia, resulta en una omisión que desvirtuaba el objeto de dicha acción haciendo que la misma careciera de fundamento, situación procesal que obligaba al Tribunal a denegar las súplicas de la demanda, deber aquél que no podía ser suplido por la actividad oficiosa del juez para enmendar la omisión de la parte actora.<sup>34</sup>

1. Sostuvo que incluso de admitirse la tesis de que la prueba de las órdenes de pago aportadas por el Distrito tenía el carácter de prueba sumaria, en el marco de la regulación del CPACA, al Tribunal le correspondía valorar la prueba, no decretar una nueva. De haberlo hecho así, y ante la duda planteada por el propio Tribunal frente a la prueba aportada por el Distrito, la decisión hubiese sido negar las pretensiones por no estar demostrado el pago de la indemnización.<sup>37</sup>

1. Agregó que el defecto procedimental degeneró en un defecto fáctico al valorar una prueba nula de pleno derecho que sirvió como base para que el fallo concluyera que el Distrito había realizado efectivamente el pago. Aseveró que el Tribunal no tenía competencia para decretar la prueba de oficio con la que se soportó la decisión judicial condenatoria, y al hacerlo trasgrediendo el procedimiento aplicable, tal circunstancia deriva en la nulidad de dicha prueba obtenida con violación del debido proceso. Apoyó su argumento en la sentencia SU-842 de 2013, según la cual los defectos que dan lugar a una “vía de hecho” como lo es el defecto fáctico que habilita la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, se configura cuando existen fallas sustanciales en la decisión de la autoridad competente, atribuibles a la actividad probatoria. Deficiencias que pueden producirse como consecuencia de (i) la falta de decreto y práctica de pruebas conducentes a la solución del caso, (ii) la errada valoración de las pruebas allegadas al proceso, esto es, una interpretación errónea de las mismas y, (iii) la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o totalmente inconducentes, es decir, ineptitud o ilegalidad de la prueba.

1. Reiteró que el Tribunal utilizó indebidamente el mecanismo de las pruebas oficiosas contemplado en el artículo 169 del CPACA, pues el objeto de tal facultad se restringe a superar aspectos dudosos u oscuros en torno a la controversia, y no a situaciones que de fondo atañen a la configuración de los elementos sustantivos propios de la acción de repetición y de requisitos asociados procesalmente como una carga del demandante. <sup>38</sup>

1. Concretamente, el actor pidió dejar sin efectos la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena y en su lugar, dictar sentencia de reemplazo exonerándolo de toda responsabilidad, o en su defecto ordenar al Tribunal Administrativo del Magdalena que dicte la sentencia que en derecho corresponda.<sup>39</sup>

#### Contestación de la demanda de tutela

1. La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado admitió la tutela mediante auto del 14 de julio de 2020.<sup>40</sup> El Tribunal Administrativo del Magdalena, así como los demás vinculados, guardaron silencio pese a haber sido notificados del auto admisorio de la demanda. El Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Santa Marta remitió el expediente digitalizado de la acción de repetición seguido por el Distrito de Santa Marta contra Juan Pablo Díazgranados Pinedo.<sup>41</sup>

#### Decisión de primera instancia

1. Mediante sentencia del 15 de octubre de 2020, la Sección Quinta -Sala de lo Contencioso Administrativo- del Consejo de Estado analizó de fondo los argumentos del tutelante y negó el amparo de los derechos, por considerar que no se configuraron los defectos, sustantivo<sup>42</sup>, fáctico<sup>43</sup> y procedimental.<sup>44</sup> Concluyó que el accionante no acreditó pruebas para desvirtuar la presunción del dolo en la acción de repetición, tampoco señaló en sede de tutela las pruebas que se habrían dejado de valorar. Advirtió que la prueba del pago de la condena fue debidamente apreciada por el juez de la repetición, con fundamento en una certificación que se allegó con la demanda y se complementó con varios documentos allegados al proceso con ocasión de la prueba de oficio que estaba legalmente permitida, y que tampoco se desconoció el precedente del Consejo de Estado.<sup>45</sup>

#### Impugnación

1. El demandante impugnó el fallo de primera instancia<sup>46</sup> por considerar que esa sentencia

se equivocó y malinterpretó el contexto, dado que “el fallo condenatorio a pesar de caracterizar el supuesto de la presunción legal, no puede operar, per se, como la base demostrativa de la imputación subjetiva dolosa prevista como consecuencia provisional (la presunción) de responsabilidad, sino que se hacía necesario que la parte demandante, como carga procesal suya, probara que JUAN PABLO DÍAZ GRANADOS tuvo un conocimiento de la conducta antijurídica, y tenía la intención de obtener ese resultado contrario a derecho del defecto sustantivo invocado”; advirtió que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, como es obvio “La motivación de la sentencia proferida dentro del proceso de nulidad, que no es oponible al demandado porque él no participó en el proceso, no constituye prueba de que hubiese obrado con dolo (...)”<sup>47</sup>. Igualmente, en la impugnación se argumentó que “la existencia de un fallo condenatorio en contra del Estado bajo la causal de ‘falsa motivación, como hipótesis de presunción legal de dolo para efectos de la repetición, comporta por esa sola razón una condición automática de procedibilidad de la acción, MÁS NO UNA CONDICIÓN AUTOMÁTICA DE CONDENA”, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado. <sup>48</sup>

1. En el escrito de impugnación el accionante también se expuso que: i) la sentencia impugnada “yerra al sostener que el fallo judicial contra el cual se promovió el control constitucional de tutela, no incurrió en el defecto fáctico”,<sup>49</sup> dado que puede evidenciarse que en la demanda de tutela SÍ se adujeron los argumentos e identificaron las pruebas desconocidas por el fallo del Tribunal (carga argumentativa) y SÍ se señaló su incidencia en la decisión en términos de vulneración del debido proceso” y ii) la asesoría de varias dependencias funcionalmente especializadas, precisamente se invocó para demostrar la ausencia de dolo en la conducta del accionante y en lugar de ser analizada y valorada en ese espectro, se tomó, de manera equivocada, como “atenuante”.

#### Decisión de segunda instancia

1. Al conocer de la impugnación antes reseñada, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B,<sup>50</sup> emitió fallo de segunda instancia el 10 de noviembre de 2020, confirmó la sentencia de primera instancia que negó

el amparo constitucional y reafirmó que “la condena no se estableció como consecuencia automática de la declaratoria de nulidad del acto, sino con fundamento en la presunción de que el acto administrativo expedido por el accionante se hizo con falsa motivación por desviación de la realidad, para lo cual resultaba necesario valorar el contenido de la decisión. Además, como se explicó en la sentencia objeto de revisión, el accionante no demostró que hubiera actuado de manera distinta”.

## II. CONSIDERACIONES

### Competencia

1. Con fundamento en las facultades conferidas por los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución Política y el Decreto Extraordinario 2591 de 1991, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en los procesos de la referencia.

### Análisis de procedencia de la acción de tutela

1. Previo a plantearse el problema jurídico, la Sala debe verificar si la acción de tutela es procedente, en tal sentido contrastará si cumple los requisitos de procedibilidad establecidos en el artículo 86 de la Constitución Política y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

### Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia

1. Los requisitos generales de procedencia de la tutela contra sentencia<sup>53</sup> se han identificado de la siguiente manera: (i) Relevancia constitucional: el juez de tutela solo puede resolver controversias de orden constitucional con el objeto de procurar la materialización de

derechos fundamentales, no puede inmiscuirse en controversias legales.<sup>54</sup> (ii) Subsidiariedad: el actor debió agotar todos los “medios –ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial”, excepto cuando el recurso de amparo se presente como mecanismo transitorio.<sup>55</sup> (iii) Inmediatez: la protección del derecho fundamental debe buscarse en un plazo razonable.<sup>56</sup> (iv) Irregularidad procesal decisiva: si lo que se discute es la ocurrencia de una irregularidad procesal, aquella debe ser determinante en la vulneración de derechos fundamentales.<sup>57</sup> (v) Identificación razonable de los hechos vulneradores del derecho: el accionante debe enunciar los hechos vulneradores y los derechos conculcados, también es necesario que ello se haya alegado en el proceso judicial -siempre que haya sido posible-.<sup>58</sup> Y, (vi) que, en principio,<sup>59</sup> no se ataquen sentencias de tutela: esto porque las controversias sobre derechos fundamentales no pueden extenderse en el tiempo. Respecto del citado requisito, debe tenerse en cuenta las precisiones hechas en la Sentencia SU-627 de 2015.<sup>60</sup> Se agrega que tampoco procede en contra de sentencias de constitucionalidad o que resuelvan nulidades por inconstitucionalidad. Además de lo dicho, es necesario que en el proceso de tutela se acredite la correspondiente (vii) legitimación en la causa por activa y por pasiva, en los términos expuestos por la jurisprudencia constitucional.

1. En cuanto a los requisitos específicos, la Corte ha sostenido que además de los generales, es necesario acreditar que la autoridad judicial demandada vulneró el derecho al debido proceso<sup>61</sup> del accionante al incurrir en alguno de los siguientes defectos: (i) orgánico, (ii) sustantivo, (iii) procedimental, (iv) fáctico, (v) error inducido, (vi) decisión sin motivación, (vii) desconocimiento del precedente, o (viii) violación directa de la Constitución.<sup>62</sup>

1. A continuación, la Sala efectuará el análisis para determinar si se cumplen tanto los requisitos generales como los específicos de procedencia de la presente demanda de tutela.

1. En el asunto sub examine se satisface el requisito de legitimación por activa<sup>63</sup> y por pasiva<sup>64</sup>. La acción fue incoada por el apoderado de Juan Pablo Díazgranados Pinedo, quien

fuera condenado judicialmente mediante la providencia que se acusa.<sup>65</sup> Así mismo, la tutela fue presentada contra el Tribunal Administrativo del Magdalena,<sup>66</sup> autoridad que profirió la decisión que se aduce desconoce el ordenamiento constitucional.

1. Se agrega que este caso no ataca una sentencia de tutela.

1. En cuanto a la relevancia constitucional de conformidad con las reglas establecidas por esta Corporación, entre otras, en las Sentencias SU-573 de 2019, SU-354 de 2020, SU-020 de 2020 y SU-129 de 2021, este requisito atiende las finalidades de (i) preservar la competencia y la independencia de los jueces de las jurisdicciones diferentes a la constitucional y, por tanto, evitar que la acción de tutela se utilice para discutir asuntos de mera legalidad; <sup>67</sup> (ii) restringir el ejercicio de la acción de tutela a cuestiones de relevancia constitucional que afecten los derechos fundamentales<sup>68</sup> y, finalmente, (iii) impedir que la acción de tutela se convierta en una instancia o recurso adicional para controvertir las decisiones de los jueces<sup>69</sup>.

1. Siguiendo las consideraciones de la Sentencia SU-573 de 2019, se reitera que la tutela carece de relevancia constitucional cuando: (i) no se advierte prima facie una actuación arbitraria o ilegítima de la autoridad judicial; y (ii) el debate jurídico no gira en torno al alcance, contenido y goce de algún derecho fundamental. Así, un asunto no tendrá relevancia constitucional si, con su planteamiento, el actor pretende que el juez se inmiscuya en una simple discusión sobre el sentido y alcance de una norma. Igualmente debe señalarse que “la relevancia constitucional de un caso judicial puesto a consideración del juez de tutela, se relaciona con la necesidad de interpretación del estatuto superior, su aplicación material y la determinación del alcance de los derechos fundamentales”.<sup>70</sup> De allí que el juez de tutela deba observar, prima facie, si de los elementos probatorios aportados al proceso de tutela es plausible asumir que se encuentra en juego la posible vulneración de alguno de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política.



1. Con base en lo dicho, la Sala estima que existe relevancia constitucional en este asunto porque el señor Juan Pablo Díazgranados persigue con la tutela que se le ampare el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual se ha debido respetar bajo la correcta aplicación del inciso segundo del artículo 90 de la misma, referido a la responsabilidad de los agentes estatales por las condenas patrimoniales al Estado. De igual forma se evidencia que el accionante busca la tutela judicial efectiva en materia de los derechos constitucionales que fueron afectados con las decisiones emitidas por el juez de la acción de repetición proferidas en su contra, apartándose del imperativo constitucional.

1. En orden a analizar el requisito de subsidiariedad, en este caso debe presentarse una distinción dado que los argumentos de la tutela se refieren a tres aspectos diferentes: i) el defecto sustantivo por el desconocimiento de debido proceso en la apreciación de los supuestos del dolo en el escenario de la acción de repetición, ii) el defecto fáctico por la ausencia de valoración de las pruebas que el demandado invocó en el proceso de repetición para demostrar la inexistencia del dolo y iii) el defecto procedimental en que habría incurrido el Tribunal del Magdalena por haber decretado pruebas de oficio para establecer el pago efectivo de la condena impuesta al Distrito de Santa Marta en la acción nulidad y restablecimiento del derecho. A su vez este último argumento se relaciona con el defecto fáctico que habría resultado en la valoración de las pruebas del referido pago.

1. La Sala advierte que el requisito de subsidiariedad se cumple toda vez que contra la sentencia de segunda instancia no procedía recurso alguno y, por otra parte, los argumentos expuestos respecto de la vulneración del debido proceso al considerar el dolo del accionante no configuraban causal para el recurso extraordinario de revisión consagrado en el artículo 250 del CPACA.<sup>71</sup>

1. Sin embargo, no puede afirmarse la subsidiariedad respecto del defecto procedimental invocado, por las razones que se exponen a continuación. El tutelante no presentó recurso de reposición en la oportunidad procesal en que se ordenaron las pruebas de oficio,<sup>72</sup> referidas a los extractos del Banco Caja Social que fueron ordenadas para efectos de corroborar el ingreso efectivo de los pagos a la cuenta de la apoderada de la señora Bolaños Mier, conforme a las órdenes de pago y a la certificación de los pagos que fueron aportadas con la demanda. Se observa que esas pruebas se ordenaron de conformidad con los artículos 167 y 170 del C.G.P. y 213 del CPACA, sin que el accionante presentara recurso de reposición contra el auto que decretó las pruebas, y respecto del traslado de tales pruebas el tutelante procedió a debatir su alcance, de manera que no puede alegar la falta de otros medios para controvertir el decreto de pruebas, como tampoco la existencia de una prueba nula.

1. Si se hubiere incurrido en una nulidad en la sentencia, por virtud de una prueba allegada de manera ilegal y apreciada sorpresivamente en el momento de proferir el fallo -cosa que no sucedió- la acción procedente para el accionante era la del recurso extraordinario de revisión.

1. Como consecuencia, la tutela cumple con el requisito de subsidiariedad en lo que se refiere al contenido de los defectos sustantivo y fáctico, pero no se cumple respecto del decreto de las pruebas de oficio con el que se caracterizó el defecto procedimental.

1. Por ello, no hay lugar a pronunciarse sobre el requisito de la existencia de una irregularidad procesal decisiva puesto que, como ya se anotó, el argumento relacionado con las pruebas decretadas de oficio no superó el requisito de subsidiariedad.

1. Ahora, la tutela satisface el requisito de identificar de manera razonable los hechos vulneradores del derecho, si se tiene en cuenta las razones planteadas por el accionante para cuestionar la constitucionalidad de la decisión del Tribunal Administrativo del

Magdalena, al incurrir en los defectos sustantivo y fáctico. Respecto del primero, por el desconocimiento de debido proceso en la apreciación de los supuestos del dolo en el escenario de la acción de repetición del artículo 90 de la Constitución Política y Ley 678 de 2001. En cuanto al segundo, en su dimensión negativa, por la ausencia de valoración de las pruebas que, si bien se reducían a su argumento para señalar que obró de conformidad con la jurisprudencia vigente para la época, merecían un análisis de mérito por parte del Tribunal Administrativo del Magdalena para determinar si el accionante obró o no siguiendo la línea jurisprudencial del Consejo de Estado y si esa circunstancia permitía desvirtuar la culpabilidad.

1. Finalmente, la demanda satisface el requisito de inmediatez, por cuanto la decisión acusada fue emitida el 21 de agosto de 2019, notificada el 27 de enero de 2020 al señor Juan Pablo Díazgranados Pinedo,<sup>73</sup> y el escrito de tutela fue radicado el 6 de julio de 2020, de manera que el lapso entre dicha diligencia y la presentación de la acción de tutela fue de 5 meses 9 días, tiempo que la Sala de Revisión encuentra razonable y oportuno.

1. En síntesis, la Sala procederá al estudio de mérito de cara a los defectos fáctico y sustantivo, acusados por el accionante, por hallar cumplidos los requisitos de procedencia para tal fin.

Planteamiento del caso, problema jurídico y esquema de resolución

1. Así, entonces, habida cuenta de las circunstancias fácticas y jurídicas del caso, la Sala Segunda de Revisión plantea como problema jurídico el siguiente:

¿El Tribunal Administrativo del Magdalena al proferir la Sentencia del 21 de agosto de 2019, por la cual condenó en repetición a Juan Pablo Díazgranados Pinedo, vulneró el derecho fundamental al debido proceso al incurrir en los defectos fáctico y sustantivo?

1. Con el objeto de resolver la cuestión formulada, pasa la Sala a referirse a los siguientes temas: (i) Alcance general del defecto fáctico. (ii) Defecto sustantivo, para cuyo estudio procede detallar la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado en el marco de la acción de repetición prevista en el artículo 90 de la Constitución Política, tema que ha sido ampliamente desarrollado por la Corte Constitucional,<sup>74</sup> y luego se resolverá el caso concreto.

El defecto fáctico como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales y su alcance general. Reiteración de jurisprudencia

1. En el presente asunto se hará en principio el análisis en torno a la presunta configuración del defecto fáctico, precisamente porque lo que cuestiona el accionante es que el fallo atacado se fundó, a su juicio, omitiendo sus argumentos y pruebas acerca de la ausencia de dolo en su actuación.

1. Sobre el particular, se debe anotar que los jueces tienen la dirección del proceso, para lo cual, sin perjuicio de imprimirle su agilidad y rapidez, deben igualmente adoptar las medidas necesarias en orden a garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes. Además, de las pruebas pedidas pueden ordenar, a costa de una de las partes o de ambas, según a quien o a quienes aproveche, la práctica de todas aquellas que en su criterio sean indispensables para el completo esclarecimiento de los hechos controvertidos o cuando se presenten graves y fundados motivos o para aclarar hechos dudosos.

1. Esta libertad de la autoridad judicial para estudiar el acervo probatorio recaudado hace que la intervención del juez constitucional en esa materia sea excepcional. De allí que la Corte, siendo respetuosa de la autonomía<sup>75</sup> e independencia judicial,<sup>76</sup> haya sostenido que la acción de tutela procede contra una sentencia, por incurrir en un defecto fáctico cuando

“la irregularidad en el juicio valorativo [sea] ostensible, flagrante y manifiesta, es decir, de tal magnitud que incida directamente en el sentido de la decisión proferida.”<sup>77</sup>

1. El mencionado defecto fáctico puede presentarse de dos formas: una positiva y una negativa. La primera tiene ocurrencia en los eventos en que se decide acudiendo a argumentos irrazonables, que hacen que la valoración probatoria sea por completo deficiente. La segunda obedece a las omisiones del juzgador en la etapa probatoria. Puede presentarse cuando no se decretan o no se practican pruebas relevantes para llegar al conocimiento de los hechos, teniendo el deber de hacerlo.<sup>78</sup>

El defecto sustantivo, responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado respecto de la acción de repetición en los términos del artículo 90 de la Constitución Política

1. Comienza por señalar la Sala que, la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado encuentra su fundamento en el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política, desarrollado por el legislador en la Ley 678 de 2001,<sup>79</sup> en la que se reguló la acción de repetición.

1. El inciso primero del artículo 90 constitucional trata la responsabilidad patrimonial del Estado así: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades”. En el inciso segundo se refiere a la responsabilidad del servidor público,<sup>80</sup> así: “en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

1. En el primer caso el fundamento de la responsabilidad del Estado se centra en el daño antijurídico que le sea imputable. En el segundo, la base de la responsabilidad personal de

los agentes de la administración se concentra en la culpabilidad del funcionario que “sólo ocurre en aquellos eventos en que el daño antijurídico y la condena sobreviniente sean consecuencia del obrar doloso o gravemente culposo del agente”.<sup>81</sup> Lo que quiere decir que la antijuridicidad estipulada en el inciso segundo para el caso de la responsabilidad de los servidores públicos le otorgó una especial relevancia al factor subjetivo, en tanto que, es preciso que la conducta del agente estatal sea imputable a título de culpa grave o dolo para que se configuren los presupuestos de la pretensión de repetición.

1. Conforme lo dispuesto en la Constitución Política y los artículos 2 y 3 de la Ley 678 de 2001, la acción de repetición<sup>82</sup> tiene función resarcitoria, preventiva y retributiva.<sup>83</sup>

1. La responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado consagrada en la Constitución Política es (i) Subsidiaria, dado que su procedencia se restringe a los eventos en los que la administración sea efectivamente condenada a pagar una indemnización por el daño antijurídico; (ii) Subjetiva, porque la viabilidad de la acción de repetición depende de la demostración de que el daño que debió indemnizar el Estado fue causado con dolo o culpa grave por parte de uno de sus funcionarios, y se requiere que ante la autoridad competente se acredite que la conducta que derivó en el menoscabo patrimonial obedeció precisamente a ese supuesto de conducta; y, (iii) Sujeta a criterios de proporcionalidad, en tanto que la transferencia al agente del Estado del valor de la indemnización por el daño que debió ser asumido por la administración debe fundarse en que la entidad condenada efectivamente haya pagado la suma de dinero fijada por el juez contencioso en la sentencia de condena.<sup>84</sup>

1. Respecto de (i) la valoración de la atribución de responsabilidad debe anotar la Sala que sin perjuicio del deber que les asiste a los funcionarios de adelantar la acción de repetición con el propósito de salvaguardar el patrimonio público y la moralidad administrativa, conforme lo dispone la Ley 678 de 2001 la acción de repetición sólo procede frente al dolo o culpa grave del funcionario. Por tanto, la evaluación de las condiciones de la atribución de

responsabilidad debe efectuarse de manera estricta, asegurando las garantías que conforman el debido proceso, conforme lo dispone la Constitución Política.

1. En cuanto al (ii) reintegro de lo pagado cuando se encuentre probada la responsabilidad patrimonial del agente, el inciso segundo del artículo 90 de la Carta Política sugiere que la repetición debe decretarse sobre la totalidad de la condena al Estado. Sin embargo, antes de repetir por la totalidad del monto de la condena,<sup>85</sup> es razonable verificar si hay lugar a una modulación del monto de la suma a reintegrar según la participación del agente en el daño, así como los elementos objetivos que se predicen de las relaciones entre los funcionarios y la administración. Ello con el propósito de evitar que una posible desproporción vulnere mandatos constitucionales.

1. A su vez, la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>87</sup> señaló que la pretensión de regreso procede cuando se acrediten los siguientes supuestos:

(i) “La calidad de agente del Estado y su conducta determinante en la condena: La calidad, la actuación u omisión de los agentes del Estado debe ser materia de prueba, con el fin de brindar certeza sobre la calidad de funcionario o ex funcionario del demandado y de su participación en la expedición del acto o en la acción u omisión dañina, determinante de la responsabilidad del Estado”;

(ii) “La existencia de una condena judicial, una conciliación, una transacción o de cualquier otra forma de terminación de conflictos que genere la obligación de pagar una suma de dinero a cargo del Estado: La entidad pública debe probar la existencia de la obligación de pagar una suma de dinero derivada de la condena judicial impuesta en su contra, en sentencia debidamente ejecutoriada, de una conciliación o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto”;

(iii) “El pago realizado por el Estado: La entidad pública tiene que acreditar el pago efectivo que hubiere realizado respecto de la suma dineraria que le hubiere sido impuesta por

condena judicial o que hubiere asumido en virtud de una conciliación, a través de prueba que, en caso de ser documental, generalmente suele constituirse por el acto mediante el cual se reconoce y ordena el pago en favor del beneficiario y/o su apoderado y por el recibo de pago o consignación y/o paz y salvo que deben estar suscritos por el beneficiario”; y

(iv) “La cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa: La entidad demandante debe probar que la conducta del agente o ex agente del Estado fue dolosa o gravemente culposa conforme a las normas que para el momento de los hechos sean aplicables”<sup>88</sup>.

1. Ahora, la Ley 678 de 2001 en sus artículos 5° y 6° contempla una serie de criterios para determinar la configuración de la culpa grave o el dolo exigidos en el artículo 90 constitucional para la procedencia de la acción de repetición en punto del régimen de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado. Por una parte, el artículo 5° establece que “la conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado”. Por otra, el artículo 6° señala que “la conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones” (resaltado fuera del texto original).<sup>89</sup>

1. Sobre el particular y en torno a la constitucionalidad de dichas causales de presunción de dolo y culpa grave, la Corte<sup>90</sup> ha sostenido que las mismas: (i) “Se justifican razonablemente por la necesidad de probar elementos subjetivos que por su naturaleza son de difícil prueba, con base en hechos objetivos susceptibles de demostración en las condiciones ordinarias, con el fin de hacer efectiva la acción de repetición consagrada en el Art. 90 superior, y por la necesidad de proteger el patrimonio y la moralidad públicos y favorecer el cumplimiento de los fines esenciales del Estado”.<sup>91</sup> (ii) Imponen a la administración el deber de probar “el supuesto fáctico en el que se basa la presunción que alega para que ésta opere”. <sup>92</sup> (iii) No desconocen el derecho de defensa, porque al tratarse de presunciones de naturaleza legal, el demandado puede “desvirtuar el hecho deducido a fin de eximirse de responsabilidad”.<sup>93</sup> (iv) Son instrucciones dirigidas “al juez de la causa, en la que se determinan los parámetros



bajo los cuales se debe juzgar la conducta del agente del Estado que incurre en la conducta civilmente reprochable”.<sup>94</sup> (v) “No son las únicas de las cuales pueden deducirse las conductas dolosas o culposas de los agentes estatales”, ya que “el juez de la causa es libre de apreciar comportamientos dolosos o culposos en otras conductas no mencionadas en dichos numerales”.<sup>95</sup>

1. Al tenor de los supuestos inferenciales contenidos en los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001, ha dicho la Corte que “la aplicación de las referidas presunciones” únicamente tiene el alcance de “invertir la carga de la prueba”.<sup>96</sup>

1. Conforme lo dispone la Ley 678 de 2001, la pretensión de regreso se puede satisfacer a través de la acción de repetición o “dentro de los procesos de responsabilidad en contra del Estado relativos a controversias contractuales, reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho”, bajo la posibilidad que tiene la entidad pública perjudicada o el Ministerio Público de solicitar el llamamiento en garantía del agente frente al que aparezca prueba sumaria de su responsabilidad al haber actuado con dolo o culpa grave, para que en el mismo proceso se decida la responsabilidad de la administración y la del funcionario.<sup>97</sup>

1. En cuanto a la responsabilidad del agente, la Corte Constitucional<sup>98</sup> ha señalado que en caso de que la acción de regreso o el llamamiento en garantía con fines de repetición deriven de la expedición de un determinado acto administrativo, el hecho de que se declare la nulidad de dicho acto administrativo no conlleva necesariamente la responsabilidad patrimonial del agente público. Se ha señalado,<sup>99</sup> además que, dentro de un proceso de repetición, el juez que conozca del asunto debe ser cuidadoso en extremo en el respectivo análisis, para evitar extrapolaciones en el título de responsabilidad propio de cada acción o medio de control y, de contera, salvaguardar el principio constitucional del debido proceso. Pues en todo caso, más allá de los resultados respecto de la responsabilidad del Estado, el dolo o la culpa grave del agente deben estar debidamente probados, o acreditados mediante la demostración de los supuestos fácticos que dan lugar a su presunción.

1. Para la Corte<sup>100</sup> se trata de una presunción legal respecto de la cual el procesado puede ejercer la plenitud de sus derechos de defensa, valga decir, aportar, solicitar y concurrir a la práctica de pruebas, presentar alegatos, interponer recursos, e incluso impugnar las decisiones administrativas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

1. Adicionalmente, la Corte<sup>101</sup> ha señalado las condiciones que debe reunir una presunción de dolo o de culpa para ser constitucionalmente admisible, a saber: (i) No puede tratarse de una presunción de responsabilidad. La responsabilidad es el resultado de la conjunción de varios elementos, uno de los cuales puede ser la culpabilidad; las presunciones de dolo y culpa sólo se predicán del elemento culpabilidad. Para que opere la presunción, es necesario que el hecho base se encuentre debidamente probado. (ii) Deben ser verdaderas presunciones, no ficciones. Por consiguiente, las presunciones de dolo y culpa tienen que ser construidas a partir de la experiencia y de un razonamiento lógico. (iii) Debe tratarse de medidas razonables y proporcionadas, al proteger intereses superiores, cuya tutela, mediante la presunción de dolo o culpa, no resulte desequilibrada frente a la afectación que engendra de la presunción de inocencia. El carácter *iuris tantum* de las presunciones juega en favor de su proporcionalidad.

1. Pues bien, la procedencia de la acción de repetición se sujeta a la efectiva demostración por parte de la entidad demandante de la conducta del agente frente a los supuestos de hecho de las presunciones del dolo o culpa grave, sin perjuicio de tener en cuenta que “las presunciones contempladas en los numerales 5 y 6 de la ley 678 no son las únicas de las cuales pueden deducirse las conductas dolosas o culposas de los agentes estatales las hipótesis de la Ley 678”.<sup>102</sup>

1. En consecuencia, el juez de lo contencioso administrativo debe verificar que la administración cumpla con dicha carga de la prueba, incluso en los casos en los que acuda a

las presunciones legales; en tanto que se considera un error concebir la acción de repetición como una pretensión ejecutiva de la condena impuesta al Estado, pues ello implicaría entender dicha figura bajo la óptica de la responsabilidad objetiva, cuando la responsabilidad patrimonial del servidor público es de carácter subjetivo, en la medida en que, -bueno es reiterarlo- la condena depende del análisis de su conducta frente a los supuestos de hecho de los que se derivan las presunciones legales.

1. Así entonces, el debido proceso debe ser una garantía custodiada por parte de los jueces de lo contencioso administrativo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 29 de la Carta, lo cual evidentemente se aplica al proceso dentro de una causa de repetición.

1. La Constitución Política exige la determinación de una responsabilidad subjetiva del agente o servidor público, en la que juega un papel trascendental el análisis de su conducta; por ello, se debe tener en cuenta que “no cualquier equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, permite deducir su responsabilidad y resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en su conducta”.<sup>103</sup> Es así que los jueces “están en la obligación de evitar que los análisis contruidos para enjuiciar la responsabilidad patrimonial del Estado sean simplemente extrapolados al examen de la responsabilidad patrimonial de los agentes de la administración. Lo anterior, porque: (i) La configuración superior de los juicios de responsabilidad y los presupuestos de la misma son distintos en uno y otro caso (objetivo y subjetivo); (ii) La pretensión de regreso conlleva por mandato constitucional que la atribución de responsabilidad subjetiva deba hacerse directamente al servidor público, sin que le sea trasladable el título de responsabilidad en función del cual se condenó al Estado; y (iii) El respeto del derecho fundamental al debido proceso implica que el funcionario deba tener la oportunidad de cuestionar el elemento subjetivo que se exige para determinar su responsabilidad, sin que quepa oponerle las conclusiones a las que se llegó sobre el particular en un juicio en el que no fue parte.”<sup>104</sup>

1. No cabe derivar la responsabilidad subjetiva a partir de una instancia previa, como por ejemplo de la decisión de nulidad y restablecimiento del derecho, porque el proceso de atribución debe cumplirse de manera integral en la causa que da lugar a la acción de repetición y respecto de la conducta concreta del imputado.<sup>105</sup>

1. Como ya se dijo, la ley contempló unas presunciones legales -que admiten prueba en contrario- a partir de las cuales las autoridades demandantes solo requieren demostrar el supuesto fáctico y no tienen la obligación de acreditar el dolo o la culpa grave que se desprende, dado que éstos últimos se infieren o se establecen con fundamento en la observación de la conducta frente al parámetro de lo que se exige al respectivo funcionario. Por ejemplo, se debe probar la violación manifiesta e inexcusable de una norma de derecho, por parte del agente, bajo el parámetro de conducta diligente que se le impone, pues de allí se puede establecer la actuación dolosa o gravemente culposa, al amparo de la presunción legal. Es imperioso, entonces, que las entidades demandantes acrediten con suficiencia la actuación del agente y su obrar con dolo o culpa grave, como determinante en la ocurrencia del supuesto de la presunción.

1. A fin de comprobar que una conducta es atribuible a título de dolo o culpa grave, se debe tener en cuenta las particularidades de cada caso, pueden ser determinantes aspectos propios de la gestión administrativa, como las funciones del agente contempladas en la ley y en el reglamento, o el grado de diligencia que le sea atribuible al servidor público, en razón de los requisitos para acceder al cargo y la jerarquía en la escala.<sup>106</sup> De la misma forma, en principio, el juzgamiento subjetivo puede fundarse en la apreciación de los conocimientos específicos en la materia o de los hechos que debieron ser verificados por el agente, antes de adoptar la decisión.

1. En suma, frente a una acción de repetición el operador jurídico debe ser sobradamente cuidadoso en el análisis de los argumentos expuestos por la parte demandante en su escrito de acusación, así como de los alegados por la parte demandada, pero además, debe tener en cuenta los elementos de juicio obrantes en la actuación procesal, toda vez que los mismos, pueden ser concluyentes para descartar o no que la actuación que originó el daño se realizó

con dolo o culpa grave.<sup>107</sup>

1. Finalmente ha dicho la Corte<sup>108</sup> que es determinante el rol que desempeña el juez de lo contencioso administrativo para establecer, no sólo la corrección formal de la acusación, sino también para desarrollarla en términos que permitan que la figura se aplique en su sentido constitucional, es decir: (i) con rigor en la protección del patrimonio público y de la moralidad administrativa, (ii) conforme a las funciones que le son propias (resarcitoria, preventiva y retributiva), pero (iii) con pleno respeto por la posición del servidor público, quien tiene derecho a un estricto juicio de atribución de responsabilidad que le permita ejercer su garantía de defensa.

#### Análisis del caso concreto

1. Para identificar si el Tribunal del Magdalena desconoció los derechos fundamentales alegados por el tutelante, es preciso i) hacer una síntesis de la controversia, y ii) analizar los defectos fáctico y sustantivo de la sentencia acusada.

#### Síntesis de la controversia

1. Juan Pablo Díazgranados Pinedo, exalcalde de Santa Marta, presentó acción de tutela en contra del Tribunal Administrativo del Magdalena, respecto del fallo de segunda instancia emitido el 21 de agosto de 2019, en el curso de un proceso de repetición que lo declaró patrimonialmente responsable, a título de dolo, con ocasión de la sentencia condenatoria emitida contra la Alcaldía Distrital de Santa Marta en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, y lo condenó a reintegrarle al distrito la suma de \$45'916.407, tras haber declarado insubsistente a una funcionaria por acto administrativo que posteriormente fue declarado nulo.

1. El actor aseguró que el Tribunal Administrativo del Magdalena vulneró sus derechos al debido proceso por incurrir el fallo en defecto sustantivo, fáctico y procedimental. En concreto, al ser condenado por dolo sin estar demostrado en el proceso de repetición; por evadir la valoración de la argumentación y de las pruebas aducidas por la parte demandada que descartaban tal grado de imputación subjetiva; y, por emitir una decisión condenatoria, pese al incumplimiento de la parte demandante de la carga procesal de aportar la prueba del pago efectivo de la condena, supliendo además dicha omisión de manera indebida al decretar de oficio la prueba del pago. En el trámite de la tutela, el Tribunal Administrativo del Magdalena y los demás vinculados guardaron silencio respecto de la demanda.

1. En primera instancia, la Sección Quinta -Sala de lo Contencioso Administrativo- del Consejo de Estado negó el amparo de los derechos al debido proceso y a la igualdad del accionante, por considerar que la sentencia no incurrió en los defectos alegados, así como tampoco desconoció el precedente. En segunda instancia, el Consejo de Estado -Sección Tercera, Subsección B, Sala de lo Contencioso Administrativo- confirmó la sentencia de primera instancia proferida el 15 de octubre de 2020 por la Sección Quinta del Consejo de Estado que negó el amparo constitucional.

1. Como ya se dijo, a continuación la Sala analizará el asunto de fondo respecto del defecto fáctico y el defecto sustantivo por encontrar que reúnen los requisitos de procedencia de tutela contra sentencia judicial. Por otra parte, se advierte que no entrará a estudiar el defecto procedimental, dado que, en ese argumento de la tutela, no se superó el requisito de subsidiariedad, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

#### Análisis de los defectos fáctico y sustantivo

1. Acusa el accionante que la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena incurre en defecto fáctico por la ausencia de valoración de las pruebas y argumentos que invocó en el proceso de repetición para demostrar la inexistencia del dolo

en la declaratoria de insubsistencia.

1. Sobre el particular, se advierte que en la contestación de la demanda<sup>109</sup> el accionante expresó que para emitir el acto administrativo de insubsistencia de la señora Cenira del Carmen Bolaños Mier, estaba habilitado por mandato del Decreto 1572 de 1998 y a la vez por varios pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado vigentes para el año 2008, los cuales hacían especial énfasis en la no exigencia de motivar dichos actos administrativos tratándose de empleados en provisionalidad.

1. Refirió específicamente las siguientes sentencias, a saber: i) Sentencia del 13 de marzo de 2003 dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado en el proceso 1834-01, Consejero ponente Tarsicio Cáceres Toro, en la cual se fijó un criterio en el sentido de señalar “que los funcionarios provisionales al no pertenecer a la carrera administrativa pueden ser retirados discrecionalmente, en cualquier momento, sin necesidad de motivar la decisión”; ii) en el mismo sentido, citó la Sentencia de 31 de agosto de 2006 con ponencia del C.P. Jesús María Lemos Bustamante y la Sentencia del 4 de agosto de 2010 emitida dentro del expediente 2001-00354-01 C.P. Gustavo Gómez Aranguren, en la que se indicó textualmente que “No existe un linaje del funcionario provisional, sino que por el contrario se constituye en un fenómeno producto de la regulación de la legislación y de las normas reglamentarias vigentes (...) que se sigue sosteniendo la tesis que de tiempo atrás se había determinado por la Sección en la sentencia del 13 de marzo de 2003 (...) en el sentido de que el acto de desvinculación del funcionario provisional, no requiere de motivación alguna”; iii) de la misma forma, invocó la variación de la jurisprudencia del Consejo de Estado con la Sentencia del 23 de septiembre de 2010 emitida en el expediente 0883-2008 C.P. Gerardo Arenas Monsalve, de la cual extractó: “(...) de tal manera que solo mediante acto motivado el nominador podrá darlos por terminados, antes del vencimiento del término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional”; iv) igualmente reseñó la jurisprudencia contenida Sentencia del 21 de octubre de 2010 proferida por la Sección Segunda, dentro del expediente 05163 C.P. Eduardo Gómez Aranguren, en la cual se consideró: “(...) debe señalarse que tal como lo dispone la normativa que regula la materia, al empleado nombrado en provisionalidad no le asiste fuero de estabilidad alguno, con lo que en consecuencia procede su retiro sin que sea menester su motivación”.

1. Así mismo, expuso que para analizar el supuesto dolo era preciso “tener en cuenta la línea jurisprudencial del Consejo de Estado vigente al mes de agosto de 2008, conforme a la cual, la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento hecho en provisionalidad en un cargo de carrera, no requería motivación. La anterior circunstancia deja en claro que estaba más que justificada la expedición de la citada resolución 1121 en los términos en que fue emitida”.

1. Por su parte, en los alegatos de conclusión<sup>110</sup> reiteró que para el año 2008, la jurisprudencia del Consejo de Estado permitía el retiro de los funcionarios en provisionalidad sin necesidad de motivar el acto administrativo. Reseñó que la falta de motivación del acto tuvo asidero en la jurisprudencia del Consejo de Estado antes citada, al punto que se mencionó en el texto del mismo.

1. Con el propósito de resolver el problema jurídico planteado de cara al defecto fáctico y en consecuencia al defecto sustantivo, la Sala presentará un recuento de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, emitida y vigente para la época de los hechos (2008), en torno al retiro o declaratoria de insubsistencia de los funcionarios provisionales.

Línea jurisprudencial sobre la motivación y estabilidad de los funcionarios vinculados en provisionalidad

1. En razón a los argumentos expuestos como exculpatorios por el accionante, la Sala considera de suma importancia analizar una línea de la jurisprudencia en el tiempo, incluyendo las sentencias invocadas por el señor Díazgranados Pinedo en su favor dentro del proceso de repetición, además de otras sentencias<sup>111</sup> que fueron expedidas durante ese lapso, lo que servirá para determinar el alcance de sus planteamientos defensivos y la incidencia que tuvo en el fallo impugnado, la falta de apreciación de esa jurisprudencia. A continuación, se detalla la variación de las posturas del Consejo de Estado:



(i).- Mediante providencia de 13 de marzo de 2003, el Consejo de Estado<sup>112</sup> dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con ocasión de una declaratoria de insubsistencia de un nombramiento judicial en provisionalidad, sostuvo que éste puede ser declarado insubsistente sin que sea menester motivación alguna. Textualmente señaló:

“El efecto del nombramiento en provisionalidad en cuanto a la estabilidad en el empleo Es claro que el empleado nombrado en provisionalidad ostenta una “posición diferente” al vinculado y escalafonado en la carrera judicial, como también a la del designado por la vía del libre nombramiento y remoción. En efecto, el primero no puede asimilarse en sus derechos al de carrera (estabilidad), por cuanto no ha accedido al cargo mediante el respectivo concurso de méritos; tampoco puede equipararse al de libre nombramiento, por cuanto el cargo que ejerce provisionalmente es de carrera. El servidor público judicial nombrado en provisionalidad, antes que cobijarle algún tipo de estabilidad, le rodea una situación de doble inestabilidad, pues, por una parte, al no pertenecer al sistema de carrera, puede ser desvinculado del servicio de manera discrecional por el nominador, y por otra, puede ser desplazado por quien habiendo concursado tenga derecho a ocupar el cargo”.

(...)

“Además, el nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera judicial, lo es en forma “discrecional” por el nominador por cuanto no requiere de procedimiento, ni motivación dicho acto; de igual manera, su desvinculación puede seguir igual procedimiento. Así, tienen similitud el nombramiento y la insubsistencia del empleado de libre nombramiento y remoción con el nombrado provisionalmente”.

“De conformidad con lo anterior, esta Sala de Sección, en cuanto al punto del nombramiento en provisionalidad judicial, unifica su criterio acogiendo la tesis que de que al empleado nombrado en provisionalidad no le asiste fuero alguno de estabilidad, pudiéndose, en consecuencia, proceder a su retiro sin que sea menester motivación alguna.

Las consecuencias de la vinculación en provisionalidad y la desvinculación del servicio. Cabe aquí reiterar, que la provisión de los cargos de carrera judicial, mediante el nombramiento en provisionalidad, tiene lugar mientras se hace la designación por el sistema legalmente previsto ¿concurso de méritos-, sin que ello implique que la persona provisionalmente nombrada no pueda ser removida del servicio hasta tanto se produzca el nombramiento

previsto legalmente, porque así no lo consagra la ley”.

Es muy significativo resaltar que esta sentencia se expidió por la Sección Segunda del Consejo de Estado “atendiendo a la necesidad de unificar la posición de las Sub-Secciones”<sup>113</sup> A y B, que presentaban distintos criterios.

(ii).- En el año 2005, al resolver una demanda de nulidad y reparación directa contra la Rama Judicial con ocasión de una resolución expedida el 23 de noviembre de 1998 que declaró insubsistente el nombramiento de asistente jurídico que venía desempeñando la actora, la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado<sup>114</sup> señaló que el retiro del servicio para los empleados provisionales puede disponerse mediante acto de insubsistencia que formalmente no requiere ser motivado, obedece a directrices encaminadas al mejoramiento del servicio, sin que se requiera expresar las causas del retiro en razón a la facultad discrecional de nominador.

(iii) Ese mismo año, al resolver una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho respecto de una resolución expedida en el año 1999, por el director del Departamento Administrativo de la Función Pública, que dio por terminado un nombramiento provisional, la Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>115</sup> señaló que respecto de los cargos en provisionalidad el nominador puede ejercer la facultad discrecional en aras del buen servicio público.

(iv).- En el año 2006, la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado,<sup>116</sup> al conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Fiscalía General de la Nación, por la expedición en el año 2001, de una resolución que declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad del actor en el cargo de investigador judicial II, advirtió que sobre el tema las subsecciones de la Sección Segunda tenían posiciones encontradas respecto de los funcionarios designados en provisionalidad por lo que se hacía necesario unificar la posición de las subsecciones en el sentido de precisar que al servidor público nombrado en provisionalidad, antes que cobijarle algún tipo de estabilidad, le rodea una situación de doble inestabilidad, pues al no pertenecer al sistema de carrera puede ser desvinculado del servicio de manera discrecional por el nominador; y además, puede ser desplazado por quien habiendo concursado tenga derecho a ocupar el cargo. Nótese que esta misma facultad discrecional fue la que se invocó en la Resolución 1121 de 29 de agosto

(v).- En diciembre de 2006, el Consejo de Estado<sup>118</sup> reiteró que las personas que se encuentran en provisionalidad al haber sido nombradas mediante facultades discrecionales, también en ejercicio de ellas pueden ser removidas.

(vi).- En el año 2007, la Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>119</sup> respecto de los cargos provisionales sostuvo que el jefe del organismo tiene la potestad de dirección para nombrar y remover a aquellos empleados no amparados por fuero de relativa estabilidad laboral.

(vii).- En octubre de 2008, la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado,<sup>120</sup> al conocer de una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Fondo de Cofinanciación para la Inversión Rural, reiteró que, así como es nombrado un funcionario en provisionalidad sin procedimientos ni motivación, por la facultad discrecional del nominador, de la misma forma puede hacerse su desvinculación, sin motivación alguna, dado que no goza de ningún fuero de estabilidad.

(viii).- En providencia del 4 de agosto de 2010 – con posterioridad a que a la fecha en que se expidió la Resolución 1121 de 29 de agosto de 2008,- el Consejo de Estado<sup>121</sup> se refirió al acto de declaratoria de insubsistencia de empleados en provisionalidad y reiteró la tesis de la sentencia de unificación de 13 de marzo de 2003, así:

“No existe un linaje del funcionario provisional, sino que por el contrario se constituye en un fenómeno producto de la regulación de la legislación y de las normas reglamentarias vigentes, que no cuenta con el fuero de estabilidad propio de quienes acceden por mérito a los cargos de carrera administrativa luego de agotar las diferentes etapas del concurso, y que por consiguiente, adquiere el carácter de análogo con el ingreso al servicio por nombramiento ordinario; que de paso se convierte en una tautología de la razón que genera una situación in absurdo, porque que en el plano de la realidad, su duración se constituye en indefinida, pues ante la inexistencia de lista de elegibles se debe acudir sucesivamente al nombramiento provisional, situación que desconoce los principios de la carrera administrativa establecidos en el sistema de administración de personal adoptado por nuestro ordenamiento jurídico, con la consecuente lesión de los derechos de los trabajadores

escalafonados en contravía de los principios constitucionales que los rigen. En este punto, la Sala considera necesario advertir, que sigue sosteniendo la tesis que de tiempo atrás se había determinado por la Sección en la Sentencia de 13 de marzo de 2003, proferida en el Radicado interno 4972-01, Actor: María Nelssy Reyes Salcedo, Consejero Ponente Dr. Tarsicio Cáceres Toro; en el sentido de que el acto de desvinculación del funcionario provisional, no requiere de motivación alguna, conclusión a la cual llega la Sala luego de dirigir sus reflexiones al estudio histórico – normativo de la figura”.

Sin embargo, en la misma sentencia se refirió a la nueva legislación, sobre la cual fundó la siguiente consideración: “Pero precisa, que esta situación, es decir, la no exigencia de motivación del acto de desvinculación del funcionario provisional, encuentra su excepción, en el Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, solo cuando el nombramiento provisional se da por terminado antes de cumplirse el término, caso en el cual se requiere de resolución motivada.”.

(ix).- En octubre de 2010, la Sección Segunda del Consejo de Estado,<sup>122</sup> al conocer de una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Departamento de Cundinamarca, mediante la cual se solicitaba la anulación de una Resolución expedida en febrero de 2004, por la cual se declaró insubsistente un nombramiento provisional, sostuvo que el funcionario provisional no cuenta con el fuero de estabilidad propio de quienes acceden por mérito a los cargos de carrera administrativa. Advirtió, además, que continuaba la línea jurisprudencial plasmada en la sentencia de 13 de marzo de 2003, proferida en el radicado interno 4972-01, tesis ratificada en providencia por la Sala de Sección de 4 de agosto de 2010, expediente 319-2008, en la que igualmente se consideró que el acto de desvinculación de un funcionario provisional no requiere motivación alguna.

(x).- Mediante providencia del 23 de septiembre de 2010, – igualmente dictada con posterioridad a los hechos que se examinan en este proceso-, el Consejo de Estado<sup>123</sup> varió la línea en relación con el acto de retiro de empleados en provisionalidad y manifestó lo siguiente:

“Se ha reiterado la línea jurisprudencial de la Sala, señalando que, respecto a los empleados que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, no es posible predicar fuero de estabilidad alguno similar al que les asiste a los empleados escalafonados, de tal manera que el

nominador puede disponer su retiro mediante acto administrativo que no requiere ser motivado, y el cual se presume expedido por razones del servicio público. El ejercicio de dicha facultad discrecional no puede estar condicionado a la celebración de un concurso de méritos para proveer los cargos de carrera administrativa, so pena de desnaturalizar la esencia de la misma, en la medida en que se exige el cumplimiento de una condición no prevista por el propio legislador”. [Sobre el particular, anotó que la anterior posición jurídica se había mantenido durante la vigencia de la Ley 443 de 1998].

“La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el párrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los empleos de carrera (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser motivado, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado (inciso segundo párrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004)”.

1. Pues bien, respecto de la jurisprudencia referida por el accionante, esta Sala encuentra que, como acertadamente lo afirmó el señor Juan Pablo Díazgranados Pinedo, el Consejo de Estado en el año 2003<sup>124</sup> unificó una línea jurisprudencial según la cual los actos administrativos de retiro de funcionarios en provisionalidad no exigían motivación, lo cual debe señalarse, rigió en vigor de la Ley 443 de 1998,<sup>125</sup> pero además, la jurisprudencia del Consejo de Estado mantuvo dicha línea por varios años hasta cuando profirió la sentencia del 23 de septiembre de 2010 en la que señaló que el retiro de funcionarios en provisionalidad es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política

y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser motivado.

1. Sobre el particular, encuentra la Sala que para la época de los hechos (2008) existía una discrepancia frente al tema de la desvinculación de funcionarios provisionales, al interior de las secciones del Consejo de Estado, respecto del cual la Corte Constitucional como guardiana de la Constitución Política adoptó su propia posición jurisprudencial. Así lo expuso la Corte:

“2.3. La motivación del acto por medio del cual se desvincula a una persona que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad es obligatoria.

(...)

Para el Consejo de Estado, la desvinculación sin motivación tiene sustento en el artículo 125, inciso 2 de la Constitución, norma que señala cómo debe producirse la desvinculación de los funcionarios de carrera. En ese orden, una persona que ha sido vinculada a la administración no por mérito sino en razón de la discrecionalidad del nominador, no adquiere el derecho a que el acto correspondiente se motive, por cuanto prima la discrecionalidad. Según ese alto tribunal “conferirle a los designados en provisionalidad el derecho a que su acto de desvinculación se motive, los equipara, sin justificación alguna, a quienes concursaron y por sus méritos adquirieron el derecho a integrar la planta de personal de la entidad”.

Igualmente, consideran que no existe vulneración del debido proceso, por cuanto la falta de motivación del acto de desvinculación no impide acudir a la jurisdicción contenciosa “pues la tesis de los nombrados en provisionalidad acepta que las causales de nulidad afectan tanto los actos de remoción del personal de carrera como los de aquellos carentes de estabilidad, por lo que los nombrados en provisionalidad también pueden impugnar judicialmente las decisiones de desvinculación a efectos de determinar si en su caso se respetó el debido proceso”.

Advierte el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa que si la Corte Constitucional considera que un empleado nombrado en provisionalidad no adquiere la calidad de uno de carrera, también debe admitir que el acto de desvinculación no debe ser motivado, toda vez

que éste es un derecho de las personas vinculadas a la administración mediante el sistema de carrera, artículo 125, inciso 2 de la Constitución.

Se indica, igualmente, que se equivoca la Corte cuando señala que esta clase de nombramientos responde a criterios técnicos, dado que ello sólo se logra cuando se agota un sistema de méritos. Sobre el particular se señala que “la única motivación que justifica el nombramiento en provisionalidad es la de garantizar la continuidad en la prestación del servicio, circunstancia que no puede generar derecho alguno de permanencia a favor del nombrado en provisionalidad, como lo pretende la Corte.”

Por tanto, concluye el Consejo de Estado que “el nombrado en provisionalidad no puede reclamar ningún fuero de estabilidad porque no accedió mediante mérito al cargo que ocupa, no queda expósito frente al abuso de poder de la administración y al quebrantamiento de sus derechos como trabajador, particularmente si la administración incurre en alguna de las causales de anulación de los actos administrativos previstas en el artículo 84 del C.C.A”.

En ese orden, para el Consejo de Estado no existe ninguna justificación constitucional para que las entidades deban motivar el acto por medio del cual se desvincula a un provisional que ocupa un cargo de carrera.

2.3.6. La divergencia de posiciones entre el máximo órgano de la jurisdicción constitucional y la administrativa debe ser resuelta, por cuanto está generando una diferencia de trato, según los administradores de justicia acojan una u otra interpretación, diferencia que afecta entre otros derechos fundamentales, el de igualdad, por cuanto los ciudadanos no pueden, según el juez que conozca su caso, recibir un trato diverso. Así mismo, esa diferencia sobre la motivación del acto, desconoce no sólo el principio de confianza legítima sino el artículo 25.1 y 25.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos que obliga a brindar una protección judicial rápida a las personas que están en la jurisdicción de un Estado.

La diferencia de interpretación entre los distintos tribunales, genera incertidumbre sobre la materialización y protección de los derechos de los asociados, en este caso de derechos fundamentales, por tanto debe resolverse, so pena de que el Estado resulte incumpliendo las obligaciones que ha contraído a nivel internacional y como tal resulte responsable por la violación del derecho a la protección judicial de que trata el artículo 25 de la mencionada Convención”.126

Por su parte, en la sentencia SU-917 de 2010, en la que se analizaron 24 expedientes de tutela acumulados, la Corte señaló:

“ (...)

#### a.-Posición del Consejo de Estado

Al interior del Consejo de Estado la posición en torno al deber de motivación de los actos de insubsistencia de nombramientos en provisionalidad no ha sido uniforme. Hasta el año 2003 la Subsección “A” de la Sección Segunda consideró, que tales servidores gozaban de una suerte de “estabilidad restringida”, de manera que “para su desvinculación debe mediar al menos un acto administrativo motivado como garantía del debido proceso”<sup>127</sup>. Por el contrario, para la Subsección “B” no había ningún fuero de inamovilidad para quienes ejercían cargos en provisionalidad, de modo que estaban sujetos al ejercicio de la facultad discrecional, pudiendo ser separados del servicio sin motivación alguna. En el año 2003 la Sección Segunda del Consejo de Estado aceptó esta última postura y unificó su jurisprudencia “acogiendo la tesis de que al empleado nombrado en provisionalidad no le asiste fuero alguno de estabilidad, pudiéndose, en consecuencia, proceder a su retiro sin que sea menester motivación alguna”<sup>128</sup>. Fue así como concluyó que “cuando se remueve a esta clase de personal [vinculado en provisionalidad], sin los requisitos que la ley establece para el personal de carrera, no puede alegarse la violación del debido proceso, ya que dichas normas no le son aplicables”. Desde entonces esta ha sido la posición del Consejo de Estado y con base en ella se ha abstenido de anular actos administrativos de tal índole cuando se ha hecho uso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.<sup>129</sup>

(...).

#### b. Incompatibilidad con la Constitución y con la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Como es fácil de advertir, aun cuando hay algunas premisas de convergencia lo cierto es que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre la motivación de los actos de insubsistencia de nombramientos en provisionalidad va por senderos diferentes, a tal punto que en la actualidad existe una contradicción evidente entre una y otra postura. Mientras que para la Corte en estos casos existe un inexcusable deber de motivación de los actos de retiro, cuya ausencia configura un vicio de nulidad por violación de principios y



derechos de rango constitucional, para el Consejo de Estado el nominador puede declarar la insubsistencia en ejercicio de su facultad discrecional sin ninguna obligación constitucional ni legal de hacer explícitas las razones para ello. La Corte coincide con el Consejo de Estado en señalar que el nombramiento en provisionalidad no puede ser asimilado ni a un empleo de carrera, porque su origen no es el mérito, ni tampoco puede equipararse a uno de libre nombramiento y remoción, porque legalmente no ha sido catalogado así ni se trata de cargos que tienen origen en la confianza para ejercer tareas de dirección o manejo. En consecuencia, a quien ejerce un cargo en provisionalidad no le asiste el derecho a la estabilidad laboral propia de los derechos de carrera”.<sup>130</sup>

1. Se agrega que en el fallo impugnado por vía de tutela no se tuvo en cuenta la anterior evolución jurisprudencial y la incidencia que tuvo sobre la conducta del demandante, al punto de que, de haber valorado el cambio jurisprudencial, el juez de la repetición habría llegado a una conclusión diferente respecto de los supuestos del dolo y la culpa grave. Lo anterior se refleja en la configuración del defecto sustantivo y fáctico en que incurrió la sentencia.

No se realizó una adecuada atribución de responsabilidad patrimonial en los términos constitucionales

1. Luego de efectuar un análisis de la estructura y los argumentos de la Sentencia del 21 de agosto de 2019 reprochada por Juan Pablo Díazgranados Pinedo, la Sala advierte que el Tribunal del Magdalena, si bien verificó adecuadamente la concurrencia de los tres primeros supuestos requeridos para la prosperidad de la acción de repetición, incurrió en un error al constatar que se hubiera realizado una adecuada atribución de la conducta determinante del daño antijurídico al demandado a título de culpa grave o dolo como lo exige la propia Constitución Política.

1. Esta Sala observa que, acertadamente, en la providencia cuestionada el Tribunal Administrativo del Magdalena verificó:

(i).- La existencia de una obligación resarcitoria a cargo del Estado derivada de la providencia judicial condenatoria proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Santa Marta, confirmada en segunda instancia por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante sentencia del 14 de noviembre de 2012<sup>131</sup> en la que se ordenó al Distrito de Santa Marta reconocer y pagar a la actora los salarios, bonificaciones y demás prestaciones dejados de percibir desde su retiro y hasta la fecha de reintegro.

(ii).- La existencia de la prueba del pago efectuado a la señora Cenira del Carmen Bolaños Mier, por parte del Distrito de Santa Marta, consistente en: (a) Certificación expedida por el Secretario de Hacienda del Distrito de Santa Marta del 4 de febrero de 2016. (b) Resolución No. 0073 del 24 de febrero de 2014 expedida por la Alcaldía Distrital de Santa Marta, por la cual se ordenó el pago a la señora Cenira del Carmen Bolaños Mier, por valor de \$229.582.037. (c) Órdenes de pago No. 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704 y 705, del 28 de febrero de 2014, habiendo sido girada la orden de pago 695 por valor de \$161.705.345 a través de transferencia a la cuenta de ahorros de la apoderada de la señora Cenira del Carmen Bolaños Mier. (d) Comprobantes de egreso Nos. 1371, 1372, 1373, 1374, 1375, 1377, 1378, 1379 y 1380 del 7 de marzo de 2014, mediante los cuales se realizó el giro a las entidades de seguridad social y de aportes parafiscales. Y, (e) Copia del extracto del mes de marzo de 2014 que refleja la transferencia efectuada el 7 de marzo, con destino a la cuenta de ahorros Banco Cajas Social de la apoderada de la señora Bolaños Mier, por valor de \$161.705.345.

(iii).- La calidad de agente estatal de Juan Pablo Díazgranados Pinedo, quien para la época de los hechos ostentó el cargo de alcalde distrital, conforme lo consideró el a quo en la sentencia apelada.

1. Con todo, al referirse a si era posible atribuir la conducta determinante del daño antijurídico a Juan Pablo Díazgranados Pinedo, a título de culpa grave o dolo, el Tribunal Administrativo del Magdalena no realizó un estudio integral y exhaustivo sobre la materia; tampoco profundizó en las razones exculpatorias expuestas de manera insistente por el

demandado, específicamente lo referente a haber seguido la línea jurisprudencial del Consejo de Estado que le permitía declarar la insubsistencia de un funcionario en provisionalidad, justificándose en la libre remoción y que como se advirtió en precedencia, tales argumentos obedecen a la realidad jurisprudencial de la época.

1. Para atribuir la responsabilidad patrimonial al demandado, a título de dolo, al Tribunal Administrativo del Magdalena le bastó con extrapolar las conclusiones en torno a la nulidad del acto administrativo de desvinculación, conforme lo expuso textualmente en el fallo acusado.

1. Sobre el particular, es preciso señalar que dicha Corporación efectuó el análisis de la actuación de Juan Pablo Díazgranados Pinedo, a título de dolo, de cara a lo expuesto por el Distrito de Santa Marta en el escrito de la demanda de repetición en el que se señaló la existencia de una falsa motivación. Del relato efectuado por el Tribunal se extracta: “Manifestó, además que el Distrito de Santa Marta canceló íntegramente las sumas que se señalaron con anterioridad, mediante las órdenes de pago No. 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704 y 705 del 28 de febrero de 2014. Y que el motivo de esta acción de repetición radica en el anormal comportamiento del señor Juan Pablo Díazgranados Pinedo, que en su condición de alcalde para la vigencia 2008-2011 desconoció preceptos legales, incurriendo en una falsa motivación del acto administrativo demandado por la señora Cenira del Carmen Bolaño Mier, que da lugar a concluir que el mismo debe ser conminado para resarcir el daño y pagar lo que canceló la alcaldía por su actuar doloso.”<sup>132</sup> (Subrayas de la Sala).

1. Posteriormente, dicha Corporación inició la resolución del caso concreto mediante un recuento de los hechos que dieron origen a la causa de repetición. Puso de presente que, mediante sentencia del 12 de diciembre de 2011, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Santa Marta accedió a las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, declaró la nulidad del acto acusado y ordenó el reintegro

solicitado, decisión que reiteró en segunda instancia el Tribunal Administrativo del Magdalena, en providencia emitida el 14 de noviembre de 2012. Citó algunos apartes de la referida sentencia así:

“En otras palabras, debe analizar si las razones de hecho y de derecho que se arguyen en el acto discrecional se ajustan a la realidad. En el presente asunto la resolución No. 1121/08 del 29 de agosto de 2008 acto acusado, si bien en su encabezado señala “por la cual se motiva un acto administrativo de desvinculación de un empleado” lo cierto es que ello no corresponde a la realidad toda vez que de la lectura del mismo, lo único que se puede concluir es que el DISTRITO DE SANTA MARTA a través del Alcalde se fundamentó para desvincular a la actora en el hecho de que el Decreto 1950 de 1973 reglamentario del Decreto 2400 de 1968 concede facultad discrecional al Alcalde de nombrar y remover libremente a los empleados vinculados en forma provisional, el cual señala que “en cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados” así como también lo dispone y autoriza el Decreto 1572 de 1998.

De lo anterior se colige, que en realidad el acto administrativo atacado por el cual se declara la insubsistencia del cargo de la actora no fue motivado bajo ninguna óptica, pues simplemente se conformó con señalar que le asistía el derecho al Alcalde de hacer tal desvinculación sin que para ello fuere necesario motivar dicho acto”.<sup>133</sup>

1. Además, refiriéndose a los fallos emitidos dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, manifestó el Tribunal del Magdalena, lo siguiente:

“ (...) Asimismo obra en el plenario la sentencia del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Santa Marta proferida el 12 de diciembre de 2011 dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 47-001-3331-003-2009-00052-00 seguido por la señora Bolaños Mier en contra del hoy accionante, en la cual se consideró que la Resolución No. 1121 del 29 de agosto de 2008, por medio del cual el señor Juan Pablo Díaz Granados Pinedo en su condición de alcalde la retiró del mencionado cargo de Inspectora de Policía, se encontraba viciada de nulidad por falsa motivación, toda vez que el acto acusado no

especificó en debida forma las razones que motivaron el retiro del servicio de la demandante ni tampoco especificó si el mismo hubiera sido a consecuencia de un concurso de méritos o de una responsabilidad disciplinaria, desconociendo de manera flagrante el marco normativo y jurisprudencial sobre la materia a la luz de lo establecido en la Ley 909 de 2004, lo cual es enfático en indicar la necesidad de motivar el acto de desvinculación del empleado nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa.”.134

“En ese orden, aseguró además esa agencia judicial que se configuró la causal de nulidad antes invocada, de falsa motivación del acto demandado por interpretación errónea de la ley, entretanto que el nominador le dio a la norma un sentido distinto o equivocado del que legalmente tiene, tergiversando los efectos jurídicos de la misma, circunstancia ésta que en lo absoluto demostró que la desvinculación de la Cerina del Carmen Bolaños Mier hubiere atendido al mejoramiento del servicio.

“Decisión ésta que fue confirmada en todas sus partes, por la providencia dictada el 14 de noviembre de 2012 por esta Corporación. Y a continuación se citan algunos apartes de la citada sentencia: (...)”.135

1. En ese orden de ideas, el Tribunal señaló que el exalcalde de Santa Marta declaró insubsistente a la señora Bolaños Mier con falsa motivación a título de dolo, por las mismas razones que sirvieron de fundamento a la condena impuesta a la entidad. Textualmente expuso:

“Conforme lo previsto, es de anotar que la presunción de dolo del numeral 3º del artículo 5 de la Ley 678 de 2001, por obrar con falsa motivación, se configura cuando los fundamentos de la decisión no corresponden con la realidad, por la inexistencia o error de los motivos de derecho o de hecho aducidos. Las sentencias del proceso contencioso administrativo se convierten, por mandato de la ley, en piezas procesales determinantes para establecer la responsabilidad patrimonial del exservidor público, porque si el juez administrativo concluye que la decisión fue producto de falsa motivación del funcionario, este criterio ata al juez de repetición, sin perjuicio de que el agente aporte medios de prueba tendientes a desvirtuar la presunción legal”.136 (Subrayas de la Sala)

“De lo anterior, resulta evidente entonces que la sentencia del 12 de diciembre de 2011 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Santa Marta, cuya decisión fue confirmada en segunda instancia por este Tribunal mediante providencia del 14 de noviembre de 2012, acredita la presunción de dolo en la actuación del demandado, de conformidad con el numeral 3º del artículo 5º de la Ley 678 de 2001 por haber expedido la Resolución No. 1121 del 29 de agosto de 2008 con falsa motivación. Y esa decisión concluyó que el motivo aducido para declarar la insubsistencia de la actora (la discrecionalidad a juicio del nominador de remover libremente empleados nombrados en provisionalidad, sin que se requiera un acto motivado, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1950 de 1973 reglamentario del Decreto 2400 de 1968) resulta errado y no corresponde a la realidad material, pues se reitera que la desvinculación de empleados nombrados provisionalmente en un cargo de carrera administrativa, como ocurre en el presente caso, requiere de una justa motivación mediante acto administrativo”.<sup>137</sup> (Subrayas de la Sala)

“En tal virtud, es claro que se reúnen los presupuestos para dar aplicación a lo dispuesto por el numeral 3º del artículo 5º de la Ley 678 de 2001, en tanto está acreditado en el proceso que el hoy accionado en su condición de Alcalde Distrital de Santa Marta para la vigencia del año 2008-2010 declaró insubsistente a la señora Cenira de Carmen Bolaños Mier con falsa motivación a título de dolo, por los mismos hechos que sirvieron de fundamento para la condena impuesta a la entidad demandante, derivada de las sentencias judiciales en cita. Razón por la cual, en consecuencia, se revocará la sentencia apelada”.<sup>138</sup> (Subrayas de la Sala)

1. Agregó el Tribunal que Juan Pablo Díazgranados Pinedo no desvirtuó la presunción de dolo. Textualmente expuso:

“Como el régimen sustantivo que gobierna esta acción de repetición es la Ley 678 de 2001, se aplican las “presunciones legales” previstas en los citados artículos 5º y 6º de esa ley, que califican la conducta del agente de dolosa o gravemente culposa. Estas “presunciones” inciden directamente en la carga de la prueba, pues antes de la Ley 678 de 2001, le correspondía al demandante demostrar los supuestos de hecho en los que se fundamentaba y, por tanto, acreditar la culpa grave o el dolo del agente del Estado”.<sup>139</sup>

(...)

“No obstante, también precisa esta colegiatura que en el acervo probatorio allegado al proceso de la referencia, no se evidenció que el demandado hubiere aportado prueba alguna que desvirtuara su responsabilidad a título de dolo o culpa grave en su momento en la declaratoria de insubsistencia de la señora Cenira del Carmen Bolaños Mier, sino que se limitó en argumentar en la contestación de la demanda mediante apoderado judicial, la presunta facultad discrecional que tenía como Alcalde y nominador de nombrar y remover libremente a los empleados vinculados en forma provisional”.<sup>141</sup>

1. Para finalizar el acápite de “La conducta dolosa o gravemente culposa del agente”, el Tribunal Administrativo del Magdalena sostuvo:

“Ahora, es dable destacar que el Consejo de Estado sobre la materia, ha reconocido la posibilidad de reducir la condena, en los eventos en los cuales, en la expedición de actos administrativos, participan funcionarios con grado asesor, responsables de la revisión de los proyectos y cuyo conocimiento específico y la ejecución de sus labores constituye un apoyo para el funcionario que finalmente expide el acto administrativo”.

“Aunque Juan Pablo Díazgranados Pinedo-exalcalde distrital de Santa Marta para el periodo 2008-2010- tenía la función de remover a sus empleados nombrados en provisionalidad mediante acto motivado, es claro que según su potestad contaba con la asesoría de varias dependencias que tenían la función de asesorarlo en la planeación y ejecución de las políticas y planes relacionados con el talento humano de la entidad, de conformidad con el Decreto 272 de 2000”.

“Por ello, aunque la Sala no puede emitir pronunciamiento sobre la responsabilidad de las demás personas que participaron en estos hechos, está facultada para limitar el pago dado el grado de participación del funcionario demandado, conforme lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 678 de 2001. Como no se demostró que Juan Pablo Díazgranados Pinedo haya tomado solo la decisión, se le ordenará restituir el 20% de la condena pagada por la entidad pública demandante”. <sup>142</sup>

1. A partir del anterior estudio, la Sala Segunda de Revisión advierte que el Tribunal Administrativo del Magdalena no se detuvo a analizar el hecho indicador de la presunción de dolo consagrado en el artículo 5 numeral 3º de la Ley 678 de 2001, esto es “haber expedido el acto administrativo con falsa motivación”, menos aún se refirió a la forma en que se habría desviado de la realidad o a los hechos que habrían ocultado, por la conducta atribuible o no a Juan Pablo Díazgranados Pinedo. Igualmente se evidencia que la autoridad demandada no respondió con suficiencia a la pregunta que subyace a la atribución de la responsabilidad patrimonial conforme los elementos fácticos del caso.

¿De qué modo cabe atribuir responsabilidad subjetiva a título de dolo a un alcalde distrital que apoyado en la línea jurisprudencial de Consejo de Estado y en el asesoramiento de la oficina jurídica y de la Secretaría General de la alcaldía distrital, procede a declarar insubsistente a una funcionaria en provisionalidad a través de acto administrativo que posteriormente fue declarado nulo por falsa motivación?

1. Sobre el particular, el Tribunal Administrativo del Magdalena se concentró en señalar que “Las sentencias del proceso contencioso administrativo se convierten, por mandato de la ley, en piezas procesales determinantes para establecer la responsabilidad patrimonial del exservidor público, porque si el juez administrativo concluye que la decisión fue producto de falsa motivación del funcionario, este criterio ata al juez de repetición, sin perjuicio de que el agente aporte medios de prueba tendientes a desvirtuar la presunción legal”.<sup>143</sup> Y agregó además, que se acreditó en el proceso que el accionado declaró insubsistente a la señora Bolaños Mier con falsa motivación a título de dolo, por los mismos hechos que sirvieron de fundamento para la condena impuesta a la entidad demandante, derivada de las sentencias judiciales emitidas en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.<sup>144</sup>

1. No obstante, dicha Corporación no realizó un análisis y/o un ejercicio orientado a demostrar de manera precisa y concreta por qué podía afirmarse que Juan Pablo Díazgranados Pinedo actuó con dolo o culpa en la falsa motivación al declarar insubsistente a



la señora Cenira del Carmen Bolaños Mier. Se reitera que conforme lo expuso en la Resolución 1121 de 2008, el exalcalde de Santa Marta tomó tal decisión, amparado en su facultad discrecional, que consideró tener de conformidad con el Decreto 1572 de 1998, el cual disponía que el nombramiento provisional tiene un carácter eminentemente temporal y precario, además estimó que podía ordenar libremente la remoción en cuanto era necesario gozar de la entera confianza y del mismo enfoque en la forma de adelantar la gestión administrativa. Se advierte que el único argumento del fallo acusado es que el juez de la causa de nulidad y restablecimiento del derecho determinó que el acto administrativo fue expedido con falsa motivación, lo cual no significaba el dolo, pues, aunque se cometió un error de interpretación, estaba amparado en la jurisprudencia vigente.

1. Advierte la Sala que en la sentencia acusada el Tribunal Administrativo del Magdalena deriva el dolo de la falsa motivación, pero se equivoca dado que, la estimación de una jurisprudencia que luego se modificó llevó a la falsa motivación. Se insiste en que no se presentaron los supuestos de hecho para aplicar la presunción, por cuanto en dicha motivación no se evidenció el apartamiento de la realidad o la alteración de los hechos, de manera que, en estricto sentido, ni siquiera se invertía la carga de la prueba, al paso que de la comparación entre la motivación y la jurisprudencia – no realizada por ese Tribunal- se tenía que aceptar la ausencia de dolo invocada por Juan Pablo Díazgranados Pinedo.

1. Resulta palmario que en la sentencia cuestionada los argumentos del Tribunal Administrativo del Magdalena no se encaminaron a analizar la conducta atribuible a Juan Pablo Díazgranados Pinedo, sino que, a partir de darla por establecida con base en la sentencia de nulidad y restablecimiento del derecho, se afirmó de manera contundente la ocurrencia del dolo, en realidad no demostrado pero concluido sin el análisis de lo argumentado por la defensa. Por esta razón se configura un defecto sustantivo en la sentencia de segunda instancia emitida por el Tribunal Administrativo del Magdalena el 21 de agosto de 2019.

Conclusiones

1. La Sala advierte que la Resolución No. 1121 de 2008, por la que se declaró la insubsistencia del nombramiento de la señora Cenira del Carmen Bolaños Mier, fue motivada bajo el concepto de que en las razones de la insubsistencia cabía invocar la discrecionalidad, como lo sostenía el Consejo de Estado. Puede agregarse que la citada resolución fue expedida por el alcalde distrital, Juan Pablo Díazgranados Pinedo y firmada por éste, en conjunto con el jefe de la Oficina Asesora Jurídica y el secretario general del Distrito de Santa Marta, dependencias que como lo señaló el Tribunal Administrativo del Magdalena,<sup>145</sup> desempeñaron la asesoría al despacho del alcalde distrital respecto de la expedición de dicho acto administrativo. De esta manera, si bien el juez de la nulidad consideró que esa motivación era falsa, pues no estaba ajustada a la ley, desde la óptica de la conducta exigida al alcalde, el fundamento de su interpretación no se podía calificar automáticamente como doloso, por el solo hecho de la anulación del acto.

1. Las anteriores razones contribuyen a desdibujar el dolo en la conducta del exalcalde de Santa Marta, señor Díazgranados Pinedo, en tanto atendió la línea jurisprudencial del Consejo de Estado, para la época de los hechos, además, se acompañó de sus funcionarios expertos para elaborar la motivación del acto administrativo, de lo cual no se puede extraer una intención dolosa conforme lo ha señalado la jurisprudencia.

1. Por otra parte, esta Sala evidencia que aunque el acto administrativo en cuestión fue declarado nulo por falsa motivación, como se ha dicho en reiteradas ocasiones, debido a que los análisis sobre la procedencia de la desvinculación por la provisionalidad del cargo era incorrectos, lo cierto es que el Juzgado Tercero Administrativo de Santa Marta, en sede de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no se pronunció de manera concreta sobre la conducta del exalcalde, quien no había sido llamado al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. En el fallo emitido el 12 de diciembre de 2011, señaló textualmente, que “se configuró el vicio de FALSA MOTIVACIÓN por interpretación errónea de la ley, puesto que se dio a la norma un sentido distinto o equivocado del que legalmente tiene (...)”<sup>146</sup>. Este fragmento, entre otros, se apoya en la interpretación vigente para la

fecha en que se profirió esa sentencia, la cual como ya se expresó había variado respecto de la vigente para el año 2008.

1. La Sala considera que, al referirse a una interpretación errónea de la ley por parte de aquél que suscribió la Resolución 1121 de 2008 que luego fue anulada, se generó una contradicción entre lo que fue interpretado por los funcionarios que la suscribieron, acerca del régimen legal de la provisionalidad y aquello sobre lo que se funda la presunción de dolo consagrada en el numeral 3 del artículo 5 de la Ley 678 de 2001, que se refiere a la causal de falsa motivación. Ello en razón a que dicha presunción no se presenta en todos los casos de motivación errada o apartada de la ley, sino cuando se acude a la “desviación de la realidad” o al “ocultamiento de los hechos”, cosa que no ocurrió en el asunto que ahora se examina y que tampoco se analizó por el Tribunal Administrativo del Magdalena, puesto que afirmó el dolo por el solo hecho de la falsa motivación, sin hacer análisis alguno de la conducta de la que se podía inferir la intención dolosa.

1. Como consecuencia, resulta cierto que el Tribunal Administrativo del Magdalena en el fallo emitido el 21 de agosto de 2019 dentro del proceso de repetición, condenó al exalcalde en contravía de la Ley 678 de 2001 y vulnerando la premisa del inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política, según la cual el fundamento de la acción de repetición, en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de un daño antijurídico, se encuentra estructurado bajo el supuesto de que tal daño “haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo”.<sup>147</sup> Pues se reitera, el hecho de haberse declarado la nulidad del acto administrativo en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, no conlleva necesariamente la responsabilidad patrimonial del agente público.

1. Pero más allá de cualquier otra consideración, la exposición del fallo acusado no acredita un razonamiento sobre el daño como consecuencia de la conducta dolosa de Juan Pablo Díazgranados Pinedo, respecto de la insubsistencia del nombramiento de la señora Bolaños

Mier, como por ejemplo, el ánimo de apartarse de la ley, de causar un daño, o de lograr un objetivo ajeno a las finalidades del servicio, además de que el error en el acto administrativo tampoco se encontraba en uno de los supuestos de hecho de la presunción legal, puesto que obedeció a una interpretación equivocada y no a la alteración de la realidad o de los hechos en que se fundó, por el contrario, lo cierto es que para el 2008 la jurisprudencia del Consejo de Estado avalaba el retiro de funcionarios provisionales sin motivación alguna.

1. Se reitera entonces, que la motivación del acto expedido por el accionante fue concordante con la jurisprudencia del Consejo de Estado y el juez de la repetición estaba obligado a efectuar el análisis de lo que argumentó el demandado acerca de su conducta desde la contestación de la demanda en el proceso de repetición. De haberse analizado tal argumento, el Tribunal Administrativo hubiera descartado la conducta dolosa del señor Díazgranados.

1. De esta manera, en la acción de repetición no se puede juzgar el dolo del funcionario por el desconocimiento de interpretaciones jurisprudenciales que se adoptaron con posterioridad a los hechos o actos que luego variaron y dieron lugar a la anulación del acto y la consecuente condena contra el Estado.

1. Por lo expuesto, la Sala estima configurada las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial denominadas defecto fáctico y defecto sustantivo en la Sentencia del 21 de agosto de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, puesto que dicha Corporación no realizó adecuadamente el análisis del dolo exigido según el artículo 90 de la Constitución Política, de cara a los argumentos invocados por el demandado en el proceso de repetición.

1. Además, el Tribunal no analizó aspecto alguno de la conducta y, por el contrario, enmarcó la actuación del señor Díazgranados Pinedo en el supuesto del dolo, apartándose de los casos

de presunción establecidos en numeral 3 del artículo 5 de la Ley 678 de 2001 y, lo que resulta aún más relevante, se desconoció el presupuesto constitucional que consagra el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política, dado que la acción de repetición, en el presente caso, solo daba lugar a la condena del funcionario o agente del Estado respecto de los daños que fueran consecuencia del dolo o la culpa grave del mismo.

1. Así las cosas, la Sala se aparta de las conclusiones de la Sección Quinta del Consejo de Estado, en cuanto se advierte que la parte actora del proceso de repetición sí desvirtuó el dolo, toda vez que reseñó que obró de acuerdo con la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado para el año 2008 y que esa circunstancia sí fue advertida desde la misma defensa en el proceso de repetición y era concordante con el texto mismo de la resolución, como lo alegó la parte accionante en el escrito de tutela.

1. Como consecuencia, en la parte resolutive de esta providencia, la Sala dejará sin efectos la sentencia del 21 de agosto de 2019 proferida por la autoridad demandada y, en ese orden, ordenará al Tribunal Administrativo del Magdalena que, con base en las consideraciones expuestas en la presente providencia, decida nuevamente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante dentro del proceso de repetición con radicado 47-001-3333-001-2016-00080-01.

1. Por lo anterior, y teniendo en cuenta el alcance de la presente decisión, la Sala revocará los fallos de primera y segunda instancia dictados en el proceso de tutela, y en su lugar (i) concederá el amparo invocado por el accionante; (ii) dejará sin efectos la Sentencia del 21 de agosto de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena dentro del proceso de repetición con radicado 47-001-3333-001-2016-00080-01 iniciado por el Distrito de Santa Marta en contra de Juan Pablo Díazgranados Pinedo, y (iii) ordenará a dicha corporación que, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en la presente providencia, decida nuevamente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en el marco de dicho proceso.

III. -DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de Colombia, administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

## RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR el fallo del 15 de octubre de 2020, adoptado por la Sección Quinta, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que negó el amparo solicitado en la acción de tutela promovida por Juan Pablo Díazgranados Pinedo en contra del Tribunal Administrativo del Magdalena; y el fallo de segunda instancia del 10 de noviembre de 2020, proferido por la Sección Tercera, Subsección B, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que confirmó la sentencia de primera instancia que negó el amparo. En su lugar, CONCEDER el amparo del derecho fundamental al debido proceso solicitado, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. – DEJAR SIN EFECTOS la Sentencia del 21 de agosto de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena dentro del proceso de repetición radicado con el número 47-001-3333-001-2016-00080-01, iniciado por el Distrito de Santa Marta en contra de Juan Pablo Díazgranados Pinedo, con el propósito de obtener la repetición de lo pagado por la condena impuesta a la entidad por la declaratoria de insubsistencia de Cenira del Carmen Bolaños Mier. Como consecuencia, ORDENAR a dicha corporación que, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en la presente providencia, decida nuevamente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en el marco de dicho proceso.

TERCERO. – Por Secretaría General, LÍBRENSE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Tutela Radicado No. 11001-03-15-000-2020-03002-01.

2 En algunos actos y escritos obrantes en el expediente, el primer apellido del accionante aparece separado (Díaz Granados), pero de conformidad con el poder otorgado por éste a Alberto Ovalle Betancourt, apoderado en el proceso de repetición, que consta en el expediente, con firma y constancia de reconocimiento notarial por parte del accionante (hoja electrónica 105-106 de 433, archivo 20), el apellido del demandante se escribe unido (Díazgranados), por lo que así se adopta en la presente providencia. Se observa que de la misma forma se hizo constar en la mayor parte de las providencias del Tribunal Administrativo del Magdalena y del Consejo de Estado.

3 Expediente digital: <file.php> ([corteconstitucional.gov.co](http://corteconstitucional.gov.co)).

4 Mediante anotación en el estado No. 5 de 2021, según constancia secretarial del 6 de abril de 2021.

5 El 16 de febrero de 2021, el accionante dirigió escrito de solicitud de selección para revisión del caso por parte de la Corte Constitucional. Expediente digital: Auto de Sala de Selección del 15 de marzo.

6 Expediente digital. Resolución insubsistencia.

7 Expediente digital: fallos de primera y segunda instancia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. Conforme los fundamentos fácticos enunciados en el fallo de primera instancia por el Juzgado Tercero Administrativo de Santa Marta, la señora Cenira del

Carmen Bolaños Mier había sido vinculada al cargo en el Distrito de Santa Marta mediante Resolución No. 403 de 2003.

8 La acción de tutela dio lugar al fallo del 5 de agosto de 2008 proferido por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Marta mediante el cual se ordenó motivar la insubsistencia del nombramiento provisional. Esta acción de tutela se encuentra mencionada en los considerandos de la Resolución 1121 de 29 de agosto de 2008 (obstante en los documentos del expediente digital archivo No. 20).

9 “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.

10 Decreto 1950 de 1973 artículo 107. “En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados”.

11 “Por el cual se reglamentó la Ley 443 de 1998”, cuyo artículo 7 dispone “el nombramiento en provisionalidad tiene un carácter eminentemente temporal y precario y no existe norma que le otorgue fuero de estabilidad laboral (...)”.

12 Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho Radicado No. 47-001-3331-003-2009-00052-00 Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Santa Marta.

13 Expediente digital: fallos de primera y segunda instancia de la acción nulidad y restablecimiento del derecho.

14 Ibidem.

15 Ley 678 de 2001 “por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición. (...) Artículo 5. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado. // Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas (...).3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de



la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.

16 CPACA. “Artículo 142. Repetición. Cuando el Estado haya debido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o exservidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, la entidad respectiva deberá repetir contra estos por lo pagado. // La pretensión de repetición también podrá intentarse mediante el llamamiento en garantía del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública.// Cuando se ejerza la pretensión autónoma de repetición, el certificado del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones en el cual conste que la entidad realizó el pago será prueba suficiente para iniciar el proceso con pretensión de repetición contra el funcionario responsable del daño”.

17 Expediente del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 47-001-3331-003-2009-00052-00, fallado en favor de Cenira del Carmen Bolaños Mier.

18 Medio de control de Repetición Rad. No. 47-001-33-33-001-2016-00080-00.

19 Expediente digital – (16) Acción repetición fallo de primera instancia, Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Santa Marta. marzo 31.2017. Niega las pretensiones de la demanda.

20 Expediente digital – (11) Acción repetición fallo 2a instancia Tribunal Administrativo del Magdalena. Esta sentencia tuvo salvamento de voto de la Magistrada Maria Victoria Quiñones Triana, expediente digital – (12). Sentencia notificada por correo electrónico el 27 de enero de 2020. Expediente digital -(15) constancia notificación fallo acción repetición.

22 Emitido dentro del proceso de repetición con radicado No. 47-001-33-33-001-2016-00080-00.

23 Para sustentar su argumento hizo referencia a la Sentencia SU-447 de 2011. Señala que se incurre en defecto sustantivo cuando “se aplica una norma jurídica de manera manifiestamente errada, sacando del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica

aceptable tal decisión judicial”.

24 Para sustentar su argumento hizo referencia a la Sentencia del 20 de febrero de 2020 emanada del Consejo de Estado Sección Tercera Radicación 25000-23-26-000-2011-01424-01(54407), C.P. María Adriana Marín.

Refirió igualmente la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera emitida el 20 de noviembre de 2019, dentro del proceso con Radicación 11001-03-26-000-2018-00028-00(61003), C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, en la que sostuvo: “(...) Ahora bien en cuanto a la segunda modalidad subjetiva con la que se califica la conducta del agente, esto es, el dolo, debe entenderse por tal, aquella conducta realizada por el autor con la intención de generar un daño a una persona o a su patrimonio, o en otra concepción, un comportamiento antijurídico, habiéndoselo representado y adecuado a sus posibilidades, con el fin unívoco de obtener un resultado dañino deseado” (...) “(...) Resulta claro, entonces, que el elemento fundamental del dolo radica en el aspecto volitivo, de manera que obra dolosamente quien conociendo el daño que con su acción u omisión ha de producir voluntariamente lo provoca, es decir, cuando actúa con intención maliciosa de generar un determinado resultado injusto”. “En ese orden de ideas, si bien en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho se pudo establecer que la Resolución No. 0298 del 28 de febrero de 2012 se anuló por falsa motivación, lo cierto es que el señor Jesualdo Hernández Mieles no expidió el acto en mención con la intención de causar daño. (...)”.

25 Para sustentar su argumento hizo referencia a las recomendaciones de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para acreditar la culpa grave o dolo del agente del estado en proceso de acción de repetición, P.18, las cuales se encuentran en el siguiente enlace:

[https://www.defensajuridica.gov.co/agencia/dependencias/Documents/lineamientos\\_prueba\\_culpa\\_grave\\_dolo.pdf](https://www.defensajuridica.gov.co/agencia/dependencias/Documents/lineamientos_prueba_culpa_grave_dolo.pdf)

26 Para sustentar su argumento refirió la Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, emitida el 20 de febrero de 2020, Radicación: 25000-23- 26-000-2011-01424-01(54407), C.P. María Adriana Marín, según la cual “la carga de argumentar con precisión en qué consiste la imputación dirigida contra el accionado, sin que sea plausible la adopción de fórmulas genéricas que llamen a responder al agente a título de dolo o culpa grave sin especificar o

argumentar a cuál de estas dos modalidades de vinculación subjetiva se está haciendo alusión. / “Tampoco le es dable a la parte actora, ni al juez de la causa, variar el fundamento de la pretensión formulada en la demanda mediante la introducción de nuevas consideraciones que impliquen una variación en los fundamentos de la imputación jurídica efectuada contra el accionado”.

27 Para sustentar su argumento refirió algunas Sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera del 3 de diciembre de 2007, radicado 41001233100019980000101, interno 29.222; del 11 de febrero de 2009, expediente 33.450; y del 22 de julio de 2009, expediente 22.779, ambas con ponencia del magistrado Mauricio Fajardo Gómez.

28 Para sustentar su argumento refirió jurisprudencia del Consejo de Estado de la Sección Tercera. Sentencias del 25 de julio de 1994, expediente 8483, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; Sentencia de 31 de agosto de 1999, expediente 10.865; Sentencia de 27 de noviembre de 2006 (expediente 16.171); Sentencia de 31 de agosto de 1999, expediente 10865, C.P. Ricardo Hoyos Duque; Sentencia de 25 de agosto de 2011, expediente 20117, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; y Sentencia del 25 de marzo de 2015, expediente 35061, C.P. Hernán Andrade Rincón (e).

29 Refirió que el Consejo de Estado en Sentencia de la Sección Tercera, Subsección A, del 25 de octubre de 2019, radicación: 05001-23-31-000-2011-01228-01 (51637), C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, ha señalado “Debido a la ausencia de una definición legal de culpa grave y de dolo en la actuación del servidor público, la jurisprudencia de esta corporación se remitió, originalmente, a la clasificación y definición dadas por el artículo 63 del Código Civil; posteriormente, consideró que los conceptos de la legislación civil debían armonizarse con normas de derecho público como los artículos 6, 83, 91 y 123 de la Constitución Política y aquellas que asignan funciones a los servidores en los reglamentos y manuales respectivos”. Y que “Frente a estos conceptos el Consejo de Estado ha dicho que para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que debe armonizarse con lo previsto en los artículos 6 y 90 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos”.

30 Para complementar su argumento refirió la Sentencia de la Corte Constitucional T-1100 de 2008 y la Sentencia T-164 de 2018, entre otras, según las cuales la “dimensión positiva por indebida apreciación probatoria que emerge cuando el juez somete a consideración y valoración un elemento probatorio cuya ilegitimidad impide incluirlo en el proceso (artículo 29 C.P.). Se trata de la inclusión y valoración de la prueba ilegal, es decir, de aquella que ha sido practicada, recaudada, y valorada en contravía de las formas propias de cada juicio, concretamente, del régimen legal de la prueba, o de la prueba inconstitucional, esto es, de aquella prueba que en agresión directa a los preceptos constitucionales, ha sido incluida en el proceso en desconocimiento y afrenta de derechos fundamentales”. Corte Constitucional, sentencias T-233 de 2007 y T-164 de 2018, entre otras.

31 Para sustentar su argumento refirió algunas sentencias del Consejo de Estado, a saber: Sección Tercera, sentencia de 5 de marzo de 2020, Radicación: 25000-23-26-000-2012-01097-01(56485) A, C.P. María Adriana Marín. En el mismo sentido, entre muchas, Sección Tercera sentencia de 25 de octubre de 2019, Radicación: 05001-23-31-000-2002-01100-01 (56821), C.P. María Adriana Marín. Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006, expediente No. 28.448, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Rad: 15001-23-31-000-2011-00459-01 856927). C.P. Jaime Orlando Santofimio G. Sobre el tema pueden consultarse las siguientes sentencias: de 27 de noviembre de 2006, expediente 18.440, de 6 de diciembre de 2006, expediente 22.189, de 3 de diciembre de 2008, expediente 24.241, de 26 de febrero de 2009, expediente 30.329 y de 13 de mayo de 2009, expediente 25.694, entre otras, según las cuales los elementos para la acción de repetición son: “i) La existencia de una condena judicial a cargo de la entidad pública o la obligación de pagar una suma de dinero derivada de una conciliación, transacción o de cualquier otra forma de terminación de un litigio. ii) Que el pago se hubiere realizado. iii) La calidad del demandado como agente o exagente estatal o particular investido de funciones públicas, y iv) La calificación de la conducta del agente, como dolosa o gravemente culposa.”

32 El accionante refirió los requisitos o elementos para el medio de control de repetición (jurisprudencia): (i) la existencia de una condena judicial a cargo de la entidad pública o la obligación de pagar una suma de dinero derivada de una conciliación, transacción o de cualquier otra forma de terminación de un litigio. (ii) Que el pago se hubiere realizado. (iii) La calidad del demandado como agente o exagente estatal o particular investido de funciones

públicas, y (iv) la calificación de la conducta del agente, como dolosa o gravemente culposa.

33 Para sustentar su argumento refirió la Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, emitida el 25 de octubre de 2019, Radicación: 05001-23- 31-000-2002-01100-01 (56821), C.P. María Adriana Marín.

34 Para sustentar su argumento refirió la siguiente jurisprudencia: Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 28.238 – Sentencia del 5 de diciembre de 2006. C.P. Ruth Stella Correa Palacio; Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 16.887 – Sentencia del 4 de diciembre de 2006. C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 22.120 – Sentencia del 8 de julio de 2009. C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Exp. 38.740 – Sentencia del 9 de septiembre de 2015. C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 25 de octubre de 2019, Radicación número: 05001-23- 31-000-2002-01100-01 (56821), C.P. María Adriana Marín. Según la cual: “(...) los supuestos referidos constituyen el punto de partida para estudiar de fondo los hechos atribuibles a la conducta de quienes han sido demandados, pues el objeto de la repetición lo constituye la reclamación de una suma de dinero que hubiere sido cancelada por la entidad demandante, de manera que la falta de prueba de ese daño desvirtúa totalmente el objeto de la acción, en relación con la cual se habría de concluir que carece de fundamento y, por tanto, en tales casos, se deberán negar las súplicas de la demanda”.

35 Para sustentar su argumento refirió la Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 25 de octubre de 2019, Radicación: 05001-23- 31-000-2002-01100-01 (56821), C.P. María Adriana Marín.

36 Para sustentar su argumento refirió la Sentencia de la Corte Constitucional SU-447 de 2011.

37 Para sustentar su argumento refirió la Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 1º de marzo de 2018, Radicación: 17001-23-31-000-2013-00047-01(52209), C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

38 Para sustentar su argumento refirió la Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 25 de octubre de 2019, Radicación número: 05001-23- 31-000-2002-01100-01 (56821),

C.P. María Adriana Marín.

39 Expediente digital: demanda de tutela.

40 Expediente digital: auto admisión de tutela. En el auto de admisión se ordenó vincular en calidad de terceros con interés jurídico legítimo al Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Santa Marta como autoridad que profirió la decisión de primera instancia, al Distrito de Santa Marta, como entidad territorial accionante dentro del proceso de repetición, a la señora Cenira del Carmen Bolaño Mier y al Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Marta, quienes fungieron como parte actora y a quo del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que dio origen a la acción de repetición objeto de estudio.

41 Según antecedentes relacionados en el fallo de tutela de primera instancia. Expediente digital: fallo de tutela primera instancia.

42 “90. (...) la parte actora del proceso de repetición debía probar los supuestos de hecho de la misma, en este caso la declaratoria de falsa motivación en el acto demandado, como en efecto ocurrió, y le correspondía al demandado –aquí tutelante- acreditar que su actuación no había sido dolosa, sin embargo, como lo concluyó la autoridad judicial accionada, no allegó prueba alguna en dicho sentido”.

43 “94. En relación con este primer punto, la Sala considera que la parte actora no cumplió con la carga argumentativa para estudiar el cargo, pues no identificó las pruebas que alega como desconocidas y la incidencia que las mismas tendrían en la decisión. 95. Así mismo, de la revisión de la providencia, se observa que en el folio 25 de la misma, la autoridad judicial no hizo alusión a ningún medio probatorio en concreto, pues por el contrario lo que indicó es que el aquí tutelante no allegó pruebas que desvirtuaran la existencia del dolo establecido en la presunción legal”.

44 Dispuso en el fallo: “107. En consecuencia, la Sala concluye que la autoridad judicial accionada no incurrió en los defectos procedimental y fácticos analizados en este acápite, pues es precisamente el ordenamiento jurídico el que le permite al juez decretar pruebas de oficio, las cuales están encaminadas al esclarecimiento de los hechos, motivo por el cual, no puede considerarse que las mismas sean ilegales en los términos expuestos en el escrito de tutela. (...) 109. Sumado a lo anterior, contrario a lo manifestado por el tutelante, no se

desconoció lo establecido en la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1º de marzo de 2018, Radicación número: 17001-23-31-000-2013-00047-01(52209), M.P. Marta Nubia Velásquez Rico, según la cual: “la certificación a que se refiere el artículo 142 de la Ley 1437 de 2011 no es la prueba definitiva del pago de la suma de dinero por la que se repite, pues para serlo, deben superarse unos análisis en virtud del derecho de defensa y de la labor propia del juez (...)”. Pues como se indicó en el párrafo anterior, al proceso se allegaron varios elementos probatorios, más allá de la certificación expedida por la entidad, cuya valoración en conjunto permitió concluir que el pago se realizó”.

45 Expediente digital: fallo de tutela primera instancia.

46 Expediente digital: impugnación de tutela, página 3.

47 Cita original de la impugnación: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 3 de abril de 2020, Radicación: 11001-03-26-000-2013-00021-00(46270), C.P. Martín Bermúdez Muñoz”.

48 Cita original del escrito de tutela. “Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 20 de noviembre de 2019, Radicación número: 11001-03- 26-000-2018-00028-00(61003), C.P. Marta Nubia Velásquez Rico”.

49 Expediente digital: impugnación de tutela, página 13.

50 Expediente digital: fallo de tutela en segunda instancia emitido por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

51 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-547 de 1992, T-590 de 2009, SU-946 de 2014, SU-817 de 2010 y SU-210 de 2017.

52 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-949 de 2003, SU-490 de 2016, SU-396 de 2017 y SU-355 de 2017.

53 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias SU-129 de 2021 y SU-020 de 2020.

54 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-590 de 2005, T-114 de 2002 y T-136 de 2005.

55 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-590 de 2005, SU-946 de 2014, SU-537 de 2017,

entre otras.

56 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-590 de 2005 y SU-537 de 2017.

58 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-590 de 2005 y SU-335 de 2017.

59 Cfr. Corte Constitucional SU 245 de 2021. Excepcionalmente es posible hacer uso del amparo constitucional en contra de una providencia de tutela, cuando: “(i) la acción de tutela presentada no comparta identidad procesal con la solicitud de amparo cuestionada; (ii) se demuestre de manera clara y suficiente, que la decisión adoptada en la sentencia de tutela fue producto de una situación de fraude (*Fraus omnia corrumpit*); y (iii) no exista otro medio, ordinario o extraordinario, eficaz para resolver la situación.”

60 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-627 de 2015. Para mayor detalle sobre estas reglas, revísese el fundamento jurídico 4.6 de la referida providencia.

61 El debido proceso fue consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política como un derecho de rango fundamental de aplicación inmediata, el cual rige para toda clase de actuaciones, ya sean judiciales o administrativas, disponiendo que las mismas deberán estar sometidas a los procedimientos y requisitos legales y reglamentarios previamente establecidos, con el objetivo de asegurar la prevalencia de las garantías de los ciudadanos. Cfr. Sentencia C-540 de 1997

62 En la sentencia C-590 de 2005 la Corte individualizó las causales específicas de la siguiente manera: “a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece, absolutamente, de competencia para ello. // b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. // c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. // d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. // e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales. // f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los



fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional. // g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado. // h. Violación directa de la Constitución.”

63 En principio quien debe acudir al recurso de amparo debe ser el propio afectado con la vulneración o amenaza de sus derechos, salvo que sea representado por un tercero en los términos del Decreto 2591 de 1991. Cfr. Decreto 2591 de 1991, artículo 10. “Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. // También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. // También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales” (subrayas fuera de texto).

64 La acción procede contra las autoridades públicas que, en términos legales, estén llamadas a responder por la presunta vulneración que se les endilga. Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-626 de 2016, T-678 de 2016 y T-430 de 2017, entre otras.

65 Expediente digital: Poder acción de tutela.

66 Decreto 2591 de 1991 Artículo 5°. Procedencia de la acción de tutela. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. En el presente caso la sentencia se adoptó dentro del proceso judicial adelantado por el medio de control de repetición Radicado. No. 47-001-33-33-001-2016-00080-00.

67 Al respecto, ver las sentencias T-335 de 2000, T-1044 de 2007, T-658 de 2008, T-505 de 2009, T-610 de 2009, T-896 de 2010, T-040 de 2011, T-338 de 2012, T-512 de 2012, T-543 de 2012, T-1061 de 2012, T-931 de 2013, T-182 de 2014 y T-406 de 2014.

68 Sentencia C-590 de 2005.

69 Sentencia T-102 de 2006.

70 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-074 de 2018.

71 CPACA “Artículo 250. Causales de revisión. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, son causales de revisión: (...) 5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación”

72 Las pruebas fueron decretadas de oficio por auto del 19 de septiembre de 2018, notificado por estado el 25 de septiembre de 2018.

73 Expediente digital: constancia notificación fallo acción repetición.

74 Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-285 de 2002; C-619 de 2002; C-374 de 2002; C-455 de 2002; C-778 de 2003; T-1257 de 2008; T-842 de 2004; SU-354 de 2020, entre otras.

75 Constitución Política. Artículo 230. “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”.

76 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-450 de 2018. “[S]e puede afirmar que la autonomía e independencia judicial comporta tres atributos básicos en nuestro ordenamiento superior: i) Un primer atributo, cuya connotación es esencialmente negativa, entiende dicho principio como la posibilidad del juez de aplicar el derecho libre de interferencias tanto internas como externas; ii) Un segundo atributo que lo erige en presupuesto y condición del principio de separación de poderes, del derecho al debido proceso y de la materialización del derecho de acceso a la administración de justicia de la ciudadanía; y, finalmente, iii) un tercer atributo que lo instituye en un principio estructural de la Carta Política de 1991”.

77 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-337 de 2019. Sobre este mismo punto, en la misma providencia se citó la Sentencia T-786 de 2011. Donde esta Corte sostuvo que “(...) la simple discrepancia sobre la interpretación que pueda surgir en el debate jurídico y probatorio en un caso no puede constituir por sí misma, una irregularidad o defecto que amerite infirmar la decisión judicial mediante acción de tutela, debido a que ello conllevaría

admitir la superioridad en el criterio valorativo del juez constitucional, respecto del juez ordinario, con clara restricción del principio de autonomía judicial. Cuando se está frente a interpretaciones diversas y razonables, el juez del conocimiento debe establecer, siguiendo la sana crítica, cuál es la que mejor se ajusta al caso analizado (...)."

78 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias SU-337 de 2017 y T-074 de 2018.

79 "Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición".

80 Cfr.- Corte Constitucional, Sentencia SU-354 de 2020, según la cual el Constituyente de 1991, al consagrar la acción de repetición en el segundo inciso del artículo 90 superior buscó: (i) proteger el patrimonio público y (ii) preservar la moralidad administrativa.

81 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-285 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

82 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-957 de 2014. Se puede consultar, además, C-338 de 2006 y C-484 de 2002.

83 Cfr, Corte Constitucional, Sentencia SU- 354 de 2020.

84 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-619 de 2002.

85 En atención a lo dispuesto sobre el particular en la Sentencia C-484 de 2002. En el fallo en comento, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión "a sus condiciones personales" contenida en el artículo 14 de la Ley 678 de 2001 a fin de servir de criterio para fijar el monto que el demandado debe retornar a las arcas públicas producto de la pretensión de regreso, al considerar que la repetición "no es una sanción sino apenas la recuperación de lo pagado por el Estado".

86 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-619 de 2002.

87 De manera reiterada, el Consejo de Estado ha indicado que la prosperidad de la acción de repetición está condicionada a la demostración de los siguientes requisitos: (i) la existencia de una condena judicial o de un acuerdo conciliatorio que le imponga a la entidad estatal

demandante el pago de una suma de dinero; (ii) la calidad del demandado como agente o ex agente del Estado o particular que cumple funciones públicas; (iii) la realización efectiva del pago por parte del Estado; y (iv) la cualificación de la conducta del demandado como dolosa o gravemente culposa. Cfr. Sentencia del 8 de marzo de 2007 -Rad.: 30330- (C.P. Ruth Stella Correa Palacio) de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Asimismo, pueden consultarse, entre otros, los fallos 9 de septiembre de 2013 -Rad.: 25361- (C.P. Enrique Gil Botero) - Subsección C-, 30 de marzo de 2017 -Rad.: 41239- (C.P. Danilo Rojas Betancourth) -Subsección B-, y 3 de agosto de 2017 -Rad.: 45598- (C.P. Ramiro Pazos Guerrero) -Subsección B- de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

88 Sentencia 5 de julio de 2012 -Rad.: 37203- C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

89 De manera expresa dispone el artículo 5º en mención, lo siguiente: “Se presume dolo en el actuar del agente público por las siguientes causas: (...) 3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración. (subrayas fuera del texto original). A su vez, señala el artículo 6º citado, lo siguiente: “Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas: 1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.”

90 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-778 de 2003.

91 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-778 de 2003.

92 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-374 de 2002.

93 Ibidem.

94 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-455 de 2002.

95 Ibidem.

96 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-778 de 2003, según la cual “con fundamento en lo establecido en el Art. 90 de la Constitución siempre se requerirá la demostración de su culpabilidad en las modalidades de dolo o culpa grave, bien sea mediante la aplicación de las

referidas presunciones, que invierten la carga de la prueba, o bien sea aplicando las reglas generales de la materia procesal sobre dicha carga”. Así mismo advierte que, por consiguiente, las otras modalidades de culpa (leve y levísima) no generan responsabilidad patrimonial del agente estatal. En sentencia T-1257 de 2008, la Corte estudió una acción de tutela en la que se reprochaba una providencia en la cual se accedió a las pretensiones de repetición de una entidad en contra de un servidor que había desvinculado a una trabajadora en estado de embarazo, la Sala Séptima de Revisión de la Corte concluyó que la decisión cuestionada no vulneraba los derechos del actor, pues si bien la declaración de nulidad de un acto administrativo “no acarrea automáticamente la responsabilidad patrimonial del agente público, puesto que siempre se requerirá la demostración de su culpabilidad, por dolo o por culpa grave, siendo ostensible que las otras modalidades de culpa (leve y levísima) no generan responsabilidad patrimonial del agente estatal”; En el caso en estudio se demostró que la condena de regreso “no fue impuesta automáticamente como consecuencia de la nulidad del acto de retiro de la señora G.M., sino como resultado de un juicio de responsabilidad donde se estudiaron y ponderaron, de manera razonable y dentro de la órbita de la autonomía judicial, tanto los hechos de la demanda como los argumentos del demandado, llegando a la conclusión de que la conducta de éste, tildada de gravemente culposa, dio lugar a la condena indemnizatoria a cargo de la Contraloría de Bogotá.” o del Estado. (negrilla de texto original).

97 Artículo 19 de la Ley 678 de 2001.

98 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-842 de 2004. En esta sentencia dijo: “No sobra reiterar, en punto a las presunciones que preocupan al actor, que como lo ha sostenido esta Corporación en las diferentes oportunidades en que ha debido estudiar la conformidad con la Carta Política de los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001, que la inversión de la carga probatoria procede sobre hechos debidamente probados, de modo que dentro de la acción de repetición en curso no verá (...) menguado su derecho de defensa, toda vez que en el caso de que la acción de repetición o el llamamiento en garantía con fines de repetición deriven de la expedición de un acto administrativo, la declaración de nulidad de éste no acarrea necesariamente la responsabilidad patrimonial del agente público”. (la negrilla no es del texto).

99 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-222 de 2016. En esta sentencia de unificación dijo

la Corte “En contraste, la responsabilidad del servidor o exservidor público llamado en garantía, o demandado en una acción de repetición, presupone la concurrencia de una imputación de la conducta a título de dolo o culpa grave. Por eso la Constitución prevé expresamente que en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, deberá repetir contra este (Constitución Política artículo 90) (...)”. // “Por lo cual, el juez que le ponga fin al proceso debe ser en extremo cuidadoso en el análisis, con el fin de evitar extrapolaciones en el título de responsabilidad propio de uno y otro escenario, y generar con ello una violación al debido proceso. Esto implica que, más allá de lo que se disponga respecto de la responsabilidad del Estado, el dolo o la culpa grave del agente deben estar debidamente probados o, si es el caso, acreditados los supuestos que dan lugar a su presunción”.

100 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-512 de 2013.

102 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C- 455 de 2002-

103 Sentencia del 26 de febrero de 2014 -Rad.: 48384- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Igualmente, en este fallo la corporación sostuvo que “no puede ser irrelevante el hecho de que la norma constitucional (art. 90) haya establecido expresamente que el deber de las entidades estatales de repetir contra sus funcionarios o ex funcionarios, sólo surge en la medida en que el daño a cuya reparación patrimonial hayan sido condenadas, pueda imputarse a la conducta dolosa o gravemente culposa de los mismos, lo cual, por otra parte, se explica por la necesidad de ofrecer unas mínimas garantías a los servidores públicos, en el sentido de que no cualquier error en el que puedan incurrir de buena fe, podrá servir para imputarles responsabilidad patrimonial ante la respectiva entidad estatal, lo cual podría conducir a un ejercicio temeroso, ineficiente e ineficaz de la función pública”.

104 Ibidem.

105 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-842 de 2004.

106 En ese sentido, en la Sentencia del 26 de febrero de 2014 (Rad.: 48384 - C.P. Jaime Orlando Santofimio), la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado expresó

que el operador jurídico de repetición debe tener en cuenta: (i) “las características particulares del caso”, las cuales “deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos”; (ii) “la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos”; y (iii) “otros conceptos como son los de buena y mala fe, que están contenidos en la Constitución Política y en la ley”.

107 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-778 de 2003.

108 Ibidem.

109 Expediente digital: proceso de repetición folios 94 a 105.

110 Expediente digital: proceso de repetición folios 196 a 207. Los alegatos de conclusión fueron presentados el 5 de marzo de 2018.

111 Consultado en: Consulta de Jurisprudencia – Consejo de Estado ([ramajudicial.gov.co](http://ramajudicial.gov.co))

112 Cfr. Consejo de Estado- Sala Plena, Sentencia del 13 de marzo de 2003. Radicación No. 76001-23-31-000-1998-1834-01 C.P. Tarcisio Cáceres. Actor: M.N.R.S. Demandado: Nación Rama Judicial -Dirección. Ejecutiva de Administración Judicial.

113 La negrilla es del texto.

114 Cfr. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B, C.P. Alejandro Ordoñez Maldonado, sentencia de 20 de enero de 2005, radicación: 25000-23-25-000-1999-03092-01(5195-02), actor: José Juan Solano Bermúdez, demandado: Contraloría General de la Republica. Textualmente expresó: “Por estas razones, la Sala estima que si bien es cierto el nombramiento provisional se ha instituido para los cargos clasificados como de carrera administrativa que no hayan sido provistos por concurso y que dicho nombramiento no es predicable como forma de provisión de cargos de libre nombramiento y remoción, si es pertinente predicar respecto de tal modalidad de vinculación las reglas de la facultad discrecional, dada la similitud en el ingreso y el retiro que se presenta tanto para los nombramientos provisionales como para los de libre nombramiento y remoción. En consecuencia, el retiro del servicio para los empleados provisionales puede disponerse mediante acto de insubsistencia que formalmente no requiere ser motivado, vale

decir, no debe expresar las causas del retiro. Es diáfano el contenido del artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, al preceptuar: “En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados”. (subrayado no original). Ahora bien, el artículo 7º del Decreto 1572 de 1998 el cual señala que: “(...) en cualquier momento antes de cumplirse el término del encargo, de la provisionalidad o de su prórroga, el nominador, por resolución, podrá darlos por terminados”, permite concluir, que fue voluntad del legislador no condicionar el retiro del servicio a la celebración del concurso de méritos, lo cual de admitirse constituiría una inusual y extraña “estabilidad restringida”. (...) El ejercicio de la facultad discrecional, para retirar del servicio a los empleados públicos, obedece a directrices encaminadas al mejoramiento del servicio”.

115 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda Subsección B, C.P. Tarsicio Cáceres Toro Sentencia del 10 de marzo de 2005. Radicación: 25000-23-25-000-1999-05084-01(5354-03) Actor: M.A.M.N Demandado: Departamento Administrativo de la Función Pública. Textualmente señaló: “La provisionalidad es una forma de proveer los cargos para no interrumpir la prestación del servicio público, modalidad que no ha sido consagrada legalmente como generadora de fuero de estabilidad para el funcionario que lo desempeñe. Por lo tanto, la autoridad nominadora, mientras no exista concurso y lista de elegibles aplicable, puede ejercer la facultad discrecional en aras del buen servicio público”.

116 Cfr. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B C.P. Tarcisio Cáceres Toro, sentencia del 16 de marzo de 2006. Radicación: 25000-23-25-000-2001-09793-01(4032-04) Actor: H.S.G.S. Demandado: Fiscalía General de la Nación. Textualmente consideró: “Sobre el tema, las Subsecciones de la Sección Segunda de esta Corporación tenían posiciones encontradas respecto de los funcionarios designados en provisionalidad, así: a). La Subsección “A” en algunas de sus providencias venía considerando que los servidores nombrados en provisionalidad dentro de la función pública y en ejercicio de empleos de Carrera gozan de una estabilidad restringida, pues para su desvinculación debía mediar, al menos, un acto administrativo motivado como garantía del debido proceso. b). La Subsección “B” por su parte, sostenía que a los funcionarios nombrados en provisionalidad no les asistía el fuero de inamovilidad propio de quienes ingresan al servicio mediante concurso de méritos y, por ende, están sujetos al ejercicio de la



facultad discrecional por parte de la autoridad nominadora, pudiendo ser separados del servicio sin motivación alguna, así la provisión de los cargos en provisionalidad (lo que tiene lugar mientras se hace la designación por el sistema legalmente previsto), no implica que la persona provisionalmente designada no pueda ser removida del servicio hasta cuando se produzca el nombramiento previsto legalmente. “Si quien desempeña un cargo en provisionalidad no ofrece suficiente garantía de prestación de buen servicio, puede ser removido del mismo cuando la autoridad nominadora lo estime conveniente y, si aún no puede proveer el cargo definitivamente o en propiedad, lo puede hacer igualmente en provisionalidad”<sup>116</sup>. c). Ahora la Sección Segunda en pleno, atendiendo a la necesidad de unificar la posición de las Sub-Secciones sobre el tema, consideró: El efecto del nombramiento en provisionalidad en cuanto a la estabilidad en el empleo. Es claro que el empleado nombrado en provisionalidad ostenta una “posición diferente” al vinculado y escalafonado en la Carrera, como también a la del designado por la vía de libre nombramiento y remoción. En efecto, el primero no puede asimilarse en sus derechos al de Carrera (estabilidad), por cuanto no ha accedido al cargo mediante el respectivo concurso de méritos; tampoco puede equipararse al de libre nombramiento, por cuanto el cargo que ejerce provisionalmente es de Carrera. Al servidor público nombrado en provisionalidad, antes que cobijarle algún tipo de estabilidad, le rodea una situación de doble inestabilidad, pues, por una parte, al no pertenecer al sistema de Carrera, puede ser desvinculado del servicio de manera discrecional por el nominador, y por otra, puede ser desplazado por quien habiendo concursado tenga derecho a ocupar el cargo” (La negrilla no es del texto).

117 Expediente digital: Resolución de insubsistencia que dice textualmente: “CONSIDERANDO (...) “Que conforme lo antes expresado se le da la facultad discrecional al señor Alcalde del Distrito Turístico Cultural e Histórico de Santa Marta de nombrar y remover libremente a los empleados vinculados en forma provisional entre los que se incluye el caso del tutelante”.

118 Cfr. Consejo de Estado Sentencia del 7 de diciembre de 2006, expediente No.3229-01, C.P. Jesús María Lemos Bustamante. Textualmente señaló: “(...) conforme al artículo 125 de la Constitución Política, inciso primero, “el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. // La simple circunstancia de ocupar un empleo de carrera no le otorga al funcionario derechos de carrera respecto del cargo que

ocupa. En estos eventos la persona así designada se encuentra nombrada en provisionalidad y, como en repetidas ocasiones lo ha sostenido esta Sala, debido a que fueron discrecionales las facultades por las cuales se la designó, también en ejercicio de ellas es posible removerla, respondiendo con ello al principio según el cual las cosas en derecho se deshacen tal como se hacen. // El nombramiento de la actora fue de carácter provisional por lo que ostentaba una posición diferente a la del vinculado y escalafonado en la carrera, debido a que no accedió al cargo mediante concurso. // Quien ocupa un cargo en provisionalidad no queda bajo el gobierno de las normas que reglamentan el retiro del personal de carrera. Admitir lo contrario equivaldría a conferirle garantías que la ley no le reconoce.

119 Cfr. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Sentencia del 1 de enero de 2007, C.P. Jesús María Lemos Bustamante. Radicado: 226583 08001-23-31-000-2001-00564-01 (7244-05). Actor D.B.B. Demandado: Hospital Nazareth de Barranquilla.

120 Cfr. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección “B” C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Sentencia del 30 de octubre de 2008, Radicación: 25000-23-25-000-2002-08666-01(6083-05) Actor: L.T.D.G. Demandado Fondo de Cofinanciación para la Inversión Rural. Textualmente expresó. “El hecho de que haya sido nombrada hasta que pueda hacerse la designación mediante el respectivo concurso de méritos no le otorga estabilidad hasta cuando sea reemplazada mediante concurso ni el nominador pierde la facultad para removerla. La estabilidad sólo existe para el personal de carrera. Quien ocupe un cargo en provisionalidad no queda bajo el gobierno de las normas que reglamentan el retiro del personal de carrera administrativa porque la Ley no lo dispuso así. Admitir lo contrario equivaldría a conferirle garantías propias de tal condición. Como el nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera accede a él en forma discrecional, sin procedimientos ni motivación, su desvinculación puede hacerse de la misma manera, cosa que ocurrió en el presente caso. (...) El empleado nombrado en provisionalidad no goza de ningún fuero de estabilidad y puede ser retirado sin motivación alguna si no ofrece suficiente garantía de prestación de buen servicio. Si aún no puede proveerse el cargo por concurso se puede designar al reemplazante nuevamente en provisionalidad. La permanencia en el cargo del empleado provisional por encima del término previsto en la ley no le genera ningún derecho de inamovilidad, ni el nominador adquiere la obligación de motivar el acto pues estas circunstancias no pueden modificar la condición legal de provisionalidad”.

121 Cfr. Consejo de Estado Sentencia del 4 de agosto de 2010. Radicación 15001-23-31-000-2001-00354-01(0319-08) C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Actor: A.A.P.V. Demandado: Escuela Superior de Administración Pública -ESAP. Consultada en:

[http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/15001-23-31-000-2001-00354-01\(0319-08\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/15001-23-31-000-2001-00354-01(0319-08).pdf)

122 Cfr. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, sentencia 5163 de 2010 del 21 de octubre de 2010, C.P. Gustavo Gómez Aranguren. Radicado No. 25000232500020040516302 (N.I. 2000-2008) Actor. Juan Miguel Osorio Ortiz/ Departamento de Cundinamarca. Textualmente expuso: “De todo lo anterior emerge con claridad, que in factum no existe un linaje del funcionario provisional, sino que por el contrario se constituye en un fenómeno producto de la regulación de la legislación y de las normas reglamentarias vigentes, que no cuenta con el fuero de estabilidad propio de quienes acceden por mérito a los cargos de carrera administrativa luego de agotar las diferentes etapas del concurso, y que por consiguiente, adquiere el carácter de análogo con el ingreso al servicio por nombramiento ordinario; que de paso se convierte en una tautología de la razón que genera una situación in absurdo, porque que en el plano de la realidad, su duración se constituye en indefinida, pues ante la inexistencia de lista de elegibles se constituye en indefinida, pues ante la inexistencia de lista de elegibles se debe acudir sucesivamente al nombramiento provisional, situación que desconoce los principios de la carrera administrativa establecidos en el sistema de administración de personal adoptado por nuestro ordenamiento jurídico, con la consecuente lesión de los derechos de los trabajadores escalafonados en contravía de los principios constitucionales que los rigen.

A esta altura del proceso, se advierte que se continua la línea jurisprudencial, plasmada en la sentencia de 13 de marzo de 2003, proferida en el radicado interno 4972-01, Actor: María Nelssy Reyes Salcedo, C.P. Tarsicio Cáceres Toro, tesis ratificada en providencia proferida por la Sala de Sección de 4 de agosto de 2010, expediente 319-2008, actor Aura Alicia Pedraza Villamarín, en la que igualmente se consideró que el acto de desvinculación de un funcionario provisional, no requiere motivación alguna, conclusión a la que arribó la Sala, luego de dirigir sus reflexiones al estudio histórico - normativo de la figura, pero precisando que la exigencia de no motivación del acto que declara la insubsistencia del provisional encuentra su excepción, en el Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004. (...).

“Dilucidado lo anterior, debe señalarse que tal como lo dispone la normativa que regula la materia, al empleado nombrado en provisionalidad no le asiste fuero de estabilidad alguno, con lo que en consecuencia procede su retiro sin que sea menester su motivación, en consideración a que su nombramiento no requiere de ningún procedimiento, contrario a lo que sucede para el caso de los empleados de carrera, pudiéndose equiparar al cargo de libre nombramiento y remoción. Además, se resalta que la permanencia del servidor público en el cargo ocupado en provisionalidad por encima del término previsto en la ley, no le genera ningún derecho de inamovilidad como tampoco al nominador le surge la obligación de motivar el acto de insubsistencia, porque tal circunstancia carece de la entidad suficiente para modificar la condición que legalmente ostenta el empleado provisional. Aunado a ello, se tiene que el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, claramente establece que el nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo en el servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente sin motivación alguna por la autoridad nominadora, pues éste se presume expedido por razones del servicio público.”.

123 Cfr. Consejo de Estado, Sentencia del 23 de septiembre de 2010. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Radicación 25000-23-25-000-2005-01341-02(0883-08) Actor: M.S.A.M. Demandado: Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER.

124 Ibidem.

125 “Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones.” Derogada por el artículo 58 de la Ley 909 de 2004, a excepción de los artículos 24, 58, 81 y 82.

126 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-251 de 2009, reiterada en la SU-917 de 2010.

127 Sentencias de 20 de junio de 2002, exp. 408-01, octubre 3 de 2002, exp. 4117-01, de 31 de enero de 2002, exp. 118298-815-2000 y de 22 de agosto de 2002.

128 Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia marzo 13 de 2003, radicación 76001-23-31-000-1998-1834-01(4972-01).

129 Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 04 de agosto de 2010, (0319-08).

130 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-917 de 2010.

131 Expediente digital. Fallo de segunda instancia de la acción repetición (páginas 18 y 19).

132 Expediente digital: Fallo de segunda instancia en la acción de repetición (página 3).

133 Ibidem. (página 24). La accionada se refiere textualmente a las consideraciones del fallo de segunda instancia emitido el 14 de noviembre de 2012 por el mismo Tribunal.

134 Ibidem. (páginas 23-24).

135 Ibidem. (página 24).

136 Ibidem. (página 25).

137 Ibidem.

138 Ibidem.

139 Ibidem.

140 Ibidem.

141 Ibidem.

142 Ibidem. (página 26).

143 Ibidem. (página 25).

144 Ibidem. (página 26).

145 Expediente digital: Fallo de segunda instancia del Tribunal Administrativo del Magdalena (página 26).

147 Negrilla fuera del texto original.